Die Wirkungen

des

Mobiliar-Pfandverkaufes

nach Bürgerlichem Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

verfasst und der hohen
rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der Königl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur Erlangung der rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Wilhelm Bloch

aus Berlin.

Druck von Max Schmersow vorm. Zahn & Baendel
Kirchhain N.-L. 1902.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549805_0051

Dem Andenken meiner Eltern.

Litteratur-Übersicht.

I.

Bachofen, Das römische Pfandrecht I. (Einziger) Bd. Basel 1847.

Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. Leipzig. Bd. I. 1860. Bd. II. 1864.

„ Pandekten. Sachenrecht. 6. Aufl. Berlin 1900.

Manigk, Hat der nachstehende Pfandgläubiger das Recht des Verkaufs der Pfandsache? Bresl. Diss. 1897.

Moreau, v., Über Haftung wegen Eviktion der verkauften Pfandsache. Münchener Diss. 1878.

Schwind, v., Wesen und Inhalt des Pfandrechts. Jena 1899.

Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. II, 2 3. Aufl. Berlin 1897.

Waubke, Über die Haftung des verkaufenden Pfandgläubigers für rechtliche und thatsächliche Mängel. Erl. Diss. 1898.

Windscheid (Kipp), Pandekten. Bd. I. 8. Aufl. Frankfurt a/M. 1900.

II.

Biermann, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. Das Sachenrecht. Berlin 1898.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. II, 1. 3. Aufl. Jena 1901.

Demelius, Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österreichischem bürgerlichen Recht mit besonderer Berücksichtigung des deutschen bürgerl. Gesetzbuches. Bd. I. Wien u. Leipzig 1897.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens. II. Bd. 1. Abteil. 1. u. 2. Aufl. 1899. 2. Abt. 1. u. 2. Aufl. 1901. Bd. III. 2. Aufl. 1900. Halle.

Endemann, Einführung in das Studium des bürgerl. Gesetzbuches Bd. II. Teil I. Sachenrecht. 3. u. 4. Aufl. Berlin 1898.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerl. Recht. Bd. II. Lieferung 1 Sachenrecht. Marburg 1898.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe. 2. Aufl. München 1898.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 43. Berlin 1900:

Eccius, Gewährleistung wegen Mängel der Sachen. im B. G. B.

Jacubezky, Bemerkungen zu dem Entwurf eines B. G. B. München 1892.

Jaeger, Konkurs-Ordnung. Berlin 1899.

Kober, Kommentar zum B. G. B. (Staudinger). Bd. III. Sachenrecht. München 1898.

Kommentare zur Zivilprozessordnung von: Petersen-Anger, Seuffert, Struckmann-Koch, Gaupp, Wilmowsky-Lewy.

Kuhlenbeck, Das B. G. B. für das Deutsche Reich. Bd. I. 3. Teil. Berlin.

Lepa, Die Lehre vom Selbsteintritt des Kommissionärs. Stuttgart 1883

Leske, Vergleichende Darstellung des B. G. B.'s und des preussischen A. L. R.'s I. Hälfte. 1. u. 2. Aufl. Berlin 1900.

Matthias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. II. Berlin 1900.

Meissner, Kommentar zum B. G. B. 3. Buch: Sachenrecht. Breslau 1901.

Motive zu dem Entwurf eines B. G. B.'s für das deutsche Reich. Berlin 1896.

Denkschrift zu dem Entwurf eines B. G. B.'s Berlin 1896.

Neumann, Handausgabe des B. G. B. 2. Aufl. Berlin 1900.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 1. u. 2. Teil. Berlin 1899.

Petersen-Kleinfeller, Konkurs-Ordnung. 4. Aufl. Lahr 1900.

Planck, B. G. B. nebst Einführungsgesetz erläutert. Berlin 1898 ff.

Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs eines B. G. B.'s. Berlin 1899.

Rümelin, Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters nach gemeinem Recht. Freiburg. 1888.

Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. 1. Hälfte. München 1900.

Seuffert, Deutsches Konkursprozessrecht. Leipzig 1899.

Staudinger, Kommentar zum B. G. B. Bd. II. 12. Lieferung. München 1900.

Viefhaus, Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters nach gemeinem Recht. Erl. Diss. 1895.

Weissbart, Das Befriedigungsrecht Dritter in der Zwangsvollstreckung nach § 268 B. G. B. Würzburger Diss. 1899.

Inhalts-Übersicht.

Seite.

Einleitung. Historischer Uberblick über die Entwicklung des Pfandverkaufs 9

I. Teil. Der Pfandverkauf im bürgerlichen Gesetzbuch . 13

§ 1. Der rechtmässige Pfandverkauf 18
§ 2. Der unrechtmässige Pfandverkauf 24
§ 3. Die beim Pfandverkauf beteiligten Personen 24

II. Teil. Die dinglichen Wirkungen des Pfandverkaufs nach bürgerlichem Gesetzbuch . . 34

A. Die dinglichen Wirkungen des rechtmässigen Pfandverkaufs 34

§ 4. Der Eigentumsübergang und Rechte Dritter an der Pfandsache 34
§ 5. Der Erlös 37
§ 6. Wirkungen einer Verschuldung des Pfandgläubigers . 47

B. Die dinglichen Wirkungen des unrechtmässigen Pfandverkaufs 49

§ 7. Eintritt des Eigentumsübergangs 49
§ 8. Rechte Dritter an der Pfandsache 54
§ 9. Der Erlös 55
§ 10. Nichteintritt des Eigentumsübergangs 56

C. Die dinglichen Wirkungen abweichender Pfandverkaufsarten 58

§ 11. Verkauf auf Grund einer Vereinbarung 58
§ 12. Verkauf auf Grund besonderer Interessen 64

III. Teil.

§ 13. Rechtsverhältnisse nach innen zwischen Eigentümer, Pfandgläubiger und Erwerber beim unrechtmässigen Pfandverkauf 68

Seite.

IV. Teil. Die obligatorischen Wirkungen des Pfandverkaufs nach bürgerlichem Gesetzbuch . . 72

§ 14. Wirkungen beim rechtmässigen Verkauf 72
§ 15. Wirkungen beim unrechtmässigen Verkauf 80
§ 16. Behandlung des Verpfänders als Eigentümer 83

V. Teil.

§ 17. Der gerichtliche Pfandverkauf und seine Wirkungen . 86

Einleitung.

Historischer Ueberblick über die Entwicklung des Pfandverkaufs.

Die Gestaltung des Pfandrechts, wie es durch das B. G. B. einheitlich für das deutsche Reich geschaffen ist, beruht auf einer Vermischung von römischrechtlichen und deutschrechtlichen Prinzipien. Letztere sind jedoch bei weitem überwiegend, zumal im Immobiliar-Sachenrecht. Doch auch beim Pfandrecht an Mobilien haben die deutschen Rechtsgrundsätze den grössten Einfluss ausgeübt mit einer bemerkenswerten Ausnahme. Diese betrifft den Pfandverkauf, bei dem das B. G. B. ganz auf das römische Recht zurückgegriffen hat.

Der Mobiliar-Pfandverkauf, wie wir ihn im B. G. B. finden, stammt aus dem römischen Recht, freilich nicht aus dem ältesten. Vielmehr bildet er in seiner jetzigen Gestalt den Abschluss einer langen Entwickelung, in der er die mannigfachsten Abstufungen durchgemacht hat. Man kann diese Entwickelung in ihren Endpunkten mit zwei Worten so charakterisieren: Fehlen des Verkaufsrechts und Selbstverständlichkeit des Verkaufsrechts.

Bei dem ursprünglichen pignus[1]), d. h. der Verpfändung durch Besitzübertragung (Gegensatz die fiducia, Verpfändung durch Eigentumsübertragung, sie fällt im justi-

[1]) Die Trennung von Mobiliar- und Immobiliarpfandrecht entstammt erst dem deutschen Recht.

nianischen Recht fort) durfte der Gläubiger zwar die Sache bis zur Tilgung der Forderung behalten. Das Verkaufsrecht jedoch fehlte ihm. Erst in der Kaiserzeit trat die Möglichkeit der Befriedigung durch Verkauf ein, da der Abschluss eines pactum de vendendo seu distrahendo zulässig wurde. Auf die fiducia und das pignus folgte bekanntlich die allein übrigbleibende hypotheca. Auch zu ihr gehörte noch nicht das Verkaufsrecht, doch wurde das pactum de vendendo, das auch bei ihr zulässig war, zur Gewohnheit. Das blieb nicht ohne Folgen; denn in der späteren Kaiserzeit wurde das Verkaufsrecht als stillschweigend vereinbart angenommen. Sollte es fehlen, so kam umgekehrt zwecks seines Ausschlusses ein pactum de non vendendo auf. Doch selbst dieses konnte auf die Dauer den Verkauf nicht hindern, sondern im justinianischen Recht finden wir schliesslich folgende Regelung: das Verkaufsrecht gehört so unmittelbar zum Pfandrecht, dass es nicht davon losgetrennt werden kann, selbst nicht durch besonderen Vertrag. Ein solcher hat nur die Wirkung, dass der Gläubiger, bevor er zum Verkauf schreiten darf, dem Schuldner eine dreimalige Mahnung, Aufforderung zur Zahlung, zukommen lassen muss, die vergeblich geblieben ist.[1])

Dies Resultat, die Zugehörigkeit des Verkaufsrechts zum Pfandrecht, ist, wie es ja in der Natur der Sache begründet scheint, nicht mehr geändert worden. Daher finden wir es auch heute noch in der modernen Gesetzgebung. Wenn somit über diesen Kernpunkt Einheitlichkeit herrscht, so ist dem nicht so hinsichtlich eines anderen mit ihm unmittelbar zusammenhängenden. Wenn das Verkaufsrecht nämlich einmal gegeben ist, so bleibt die Frage offen, wie es zu verwirklichen ist.

---

[1]) Sie musste in angemessenen Zwischenräumen erfolgen; wie lang diese waren, ist zweifelhaft. Nach Dernburg, Pfandrecht II S. 126 mindestens 10 Tage; gemeine Ansicht, der Richter entscheide über die Angemessenheit der Frist. Dagegen richtig Dernburg a. a. O.

Für die Art der Ausübung des Verkaufes boten sich verschiedene Wege, die auch von den Gesetzgebungen betreten worden sind:

1) Die Ausübung des Verkaufsrechts kann von einer gerichtlichen Prüfung der Forderung (gerichtlichen Ermächtigung) abhängig gemacht werden oder nicht;

2) der Verkauf kann entweder durch das Gericht oder durch den Gläubiger privatim vorgenommen werden.

Von den hiernach möglichen vier Arten des Pfandverkaufs kommt eine fast garnicht in Betracht, weil sie nur wenige praktische Verwendung gefunden hat, nämlich der gerichtliche Verkauf ohne gerichtliche Ermächtigung.[1]) Die übrigen drei Formen finden sich häufiger vor. Eine von ihnen nimmt gegenüber den anderen eine hervorragende Stellung ein, es ist die im römischen und gemeinen Recht übliche. Zu ihr ist auch das B. G. B. zurückgekehrt. Es handelt sich um den sog. Privatverkauf, der ohne gerichtliche Ermächtigung vor sich geht („aussergerichtlicher Pfandverkauf ohne gerichtliche Erlaubnis". Fischer-Henle No. 1 § 1233).

Dass das B. G. B. eine einschneidende Veränderung infolge dieses Verfahrens hervorruft, ergiebt sich daraus, dass z. B. gerade Preussen auf dem entgegengesetzten Standpunkt stand. Es verlangte sowohl Exekutionstitel wie gerichtlichen Verkauf (A. L. R. I., 20 §§ 25, 26, 197). Freilich bestanden schon vor 1900 manche Abweichungen von diesem Prinzip, indem ein Pfandverkauf ohne Exekutionstitel zulässig war, und zwar nach Landesrecht sowohl wie nach Reichsrecht (Aufzählung bei Heilfron III. S. 658). Hervorzuheben ist davon die Parteivereinbarung nach A. L. R. I, 20 §§ 29—32 und der Pfandverkauf des gewerbsmässigen Pfandleihers (Preuss. Gesetz vom 17. März 1881).

Die vierte Art endlich, der Privatverkauf nach gerichtlicher Ermächtigung, findet sich im Code civil

---

[1]) Nur in einigen deutschen Staaten fand sie sich vor dem Inkrafttreten des B. G. B. (Motive S. 818).

(art. 2078) und auch im alten H. G. B. (art. 310). Im folgenden Art. 311 war freilich eine abweichende Parteivereinbarung zugelassen, die die gerichtliche Ermächtigung ausschloss, so dass in jenen Fällen schon das jetzt durch das B. G. B. geschaffene Verfahren eingeschlagen wurde. —

Dieser historische Überblick führt uns zu dem gegenwärtig herrschenden Rechtszustand, wie er durch das B. G. B. für das deutsche Reich geschaffen worden ist. —

I. Teil.

Der Pfandverkauf im bürgerlichen Gesetzbuch.

Worin besteht nun die Bedeutung des Pfandverkaufs? Sie ergiebt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes. „Das an einer beweglichen Sache zur Sicherung einer Forderung bestellte Pfandrecht giebt dem Gläubiger das Recht, Befriedigung aus der Sache zu suchen.“ (§ 1204). Diese Befriedigung erfolgt auf Grund gesetzlicher Vorschrift durch Verkauf des Pfandes (S. 1228 Abs. 1). Mit Recht kann man daher das Verkaufsrecht als den „Kern des Pfandrechts“ bezeichnen. (Manigk S. 2.) Das Verkaufsrecht ist, wie erwähnt, ein essentieller Bestandteil des Pfandrechts; dies ist hervorzuheben gegenüber Demelius (S. 90), welcher unrichtig behauptet, dass eine gegenteilige Vereinbarung, also der Ausschluss des Verkaufs, wirksam sei. Dies ist dahin richtig zu stellen: eine solche Verabredung ist zwar zulässig, aber ein Pfandrecht steht dann überhaupt nicht in Frage. „Der Pfandgläubiger hat an der Sache nur ein vertragsmässiges Zurückbehaltungsrecht, eventl. verbunden mit dem persönlichen Rechte, sich aus den Nutzungen zu befriedigen.“ (Biermann, Bem. zu § 1228 S. 269.) Für das Pfandrecht gilt der Satz: kein Pfandrecht ohne Verkaufsrecht. Es wird dem Pfandgläubiger als „gesetzliches, durch den Rechtszweck der Pfandbestellung zwingend postuliertes Recht gewährt.“ (Endemann, S. 549, § $138_{,3}$).

Wie verhält sich hierzu das Nutzungspfand? (§ 1213, 14). Bei dem Nutzungspfand (antichretischer Vertrag) hat

der Pfandgläubiger zwar zunächst seine Befriedigung aus dem Fruchtbezuge zu entnehmen; ist aber im Augenblick der Fälligkeit die Schuld dadurch noch nicht getilgt, so bleibt ihm immer noch das Verkaufsrecht. Im Falle des Konkurses des Pfand-Schuldners stände ihm gemäss § 48 K. O. das Absonderungsrecht zu. Dieses erstreckt sich nach § 1214 auch auf die vom Pfande getrennten Früchte. (Vgl. Petersen-Kleinfeller K. O. § 48 No. 10 S. 260). —

Aus § 1204 i. V. m. § 1228 ergiebt sich mit Notwendigkeit, dass ein Pfandrecht ohne Verkaufsrecht nicht denkbar ist.[1]) Wohl aber ist es möglich, dass jemand einem anderen eine fruchttragende Sache, z. B. Vieh, übergiebt, mit der Bestimmung, er solle so lange die Früchte davon ziehen, bis seine Forderung getilgt sei. Dann liegt ein vertragsmässiges Zurückbehaltungsrecht an der Sache vor. Ein solches entbehrt bekanntlich als persönliches Recht der dinglichen Wirkung. Da nun im Konkurse des Schuldners einerseits der Gläubiger an der Pfandsache kein Pfandrecht hat, auch kein diesem gleichstehendes Retentionsrecht (§§ 48, 49,$_4$ K.-O.), andererseits der übergebene Gegenstand dem Gemeinschuldner gehört, so steht dem Gläubiger weder ein Aussonderungsrecht noch ein Absonderungsrecht (§ 43) bezüglich dieses zu. Die Sache kommt also zur Konkursmasse und der Gläubiger behält nur eine gewöhnliche Konkurs-Forderung in Höhe des den gezogenen Nutzen übersteigenden Betrages. Die von ihm bereits gezogenen Nutzungen verbleiben ihm selbstverständlich, da sie ja in sein Eigentum übergegangen sind. Das Retentionsrecht dringt also infolge seines nichtdinglichen Charakters dem Konkurs-Verwalter gegenüber nicht durch. Eine Einrede ihm gegenüber ist mit Jäger nicht als zulässig anzunehmen. Denn „eine solche im Konkurse durchdringende Einrede würde den Retentionsberechtigten

---

[1]) So schon R.G. 16 S. 169, das alsdann ebenfalls ein Zurückbehaltungsrecht annahm; es handelte sich um eine angeblich zu Pfand bestellte Sache, die überhaupt keinen Verkaufswert hatte.

wirksamer schützen als ein Absonderungsrecht. Das kann unmöglich der Sinn des Gesetzes sein.“ (Jäger, K.-O. § 49 Anm. 42 gegen Seuffert, Konkursprozessrecht, 1899, S. 112). —

Giebt es, im alten Handelsgesetzbuch, vielleicht ein Pfandrecht ohne Verkaufsrecht? Nein. Wird ein dahingehender Vertrag geschlossen, so liegt ein vertragsmässiges Zurückbehaltungsrecht vor. (R. O. H. G. III. S. 159.) (Vgl. darüber Endemann, Handbuch das Handels-Rechts 1882; II § 256 V. S. 518—20.) Die Parteien können nämlich den Thatbestand herstellen, der gemäss Art. 313 ein gesetzliches Retentionsrecht begründet, sie können aber gemäss Art. 316 das Verkaufsrecht ausschliessen. Auch hierbei kann bestimmt werden, dass der Gläubiger sich aus den Nutzungen befriedigen solle. Für den Fall des Konkurses ist es gleichgiltig, welcher Theorie über das kaufmännische Retentionsrecht man sich anschliessen will. Die überwiegende Ansicht geht dahin, dass es nur ein persönliches Recht sei, das dem Inhaber zusteht (so R. G. VIII S. 83; u. a. Cosack, Handels-Recht, 4. A. 1898. S. 157), während Staub § 369 Note 38 sich, auch für das neue Recht, für die Dinglichkeit ausspricht. In beiden Fällen steht dem Gläubiger, gemäss § 41 Z. 8 kein Absonderungsrecht zu, da dieser sich nur auf das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht bezieht. Es gilt also dasselbe wie oben beim bürgerlichen Retentionsrecht, auch bezüglich der Nutzungen. (Vgl. S. 14.) Folgeweise ist auch der § 117 a. K.-O. für nicht anwendbar zu erklären, da er „vom Faustpfandrecht oder einem diesem gleichstehenden Recht“ spricht. — Jetzt, unter dem neuen H. G. B., kann ein derartiges vertragsmässiges kaufmännisches Retentionsrecht nicht mehr begründet werden, da der Art. 316, der eine abweichende Vereinbarung zuliess, nicht in das neue Gesetzbuch übernommen ist; ein Ausschluss des Verkaufsrechts ist also nicht mehr möglich. —

Es muss besonders betont werden, dass es sich im B. G. B. um ein Verkaufsrecht, nicht aber um eine Ver-

kaufspflicht handelt. Das ist von erheblicher Bedeutung. Der Pfandgläubiger ist z. B. verantwortlich, wenn er günstige Verkaufskonjunkturen ungenutzt lässt und darf auch unter ungünstigen Verhältnissen verkaufen. (Kober § 1228 Anm. 2. u. A.) Abweichendes (Verkaufspflicht) gilt aber noch im Konkurs. (§ 127 Abs. 2) Diese Regelung schafft neues Recht, da das A. L. R. (I, 20 § 221) eine Verkaufspflicht kennt.

Es fragt sich, wie die Stellung des Pfand-Gläubigers zum Pfand-Schuldner nach eingetretener Fälligkeit sei. Was ist zunächst Fälligkeit? Eine Forderung ist fällig, wenn die Zeit, zu der der Gläubiger die geschuldete Leistung fordern darf, herangekommen ist. Es gilt bei der Pfandforderung dasselbe, wie bei jedem Schuldverhältnisse, mithin bestimmt sich der Zeitpunkt nach § 271 B. G. B. Der Umstand, dass die Zahlung bei der Fälligkeit ausbleibt, begründet keine Veränderung in dem Verhältnis zwischen Pfandgläubiger und Pfandschuldner. Ersterer bleibt also zur Verwahrung verpflichtet (§ 1215) und haftet für jede Fahrlässigkeit. Das Gesetz enthält zwar nichts über diesen Fall. Es ist daher erforderlich, sich an die ratio legis zu halten. Durch das Verkaufsrecht ist der Gläubiger in seinen Interessen geschützt; übt er es nicht aus, so ist zweifellos anzunehmen, dass er es zu seinem Vorteil unterlässt, (z. B. Hoffnung auf späteren höheren Erlös). Es ist deshalb auf der anderen Seite zu verlangen, dass der Pfandschuldner auch in seinen Interessen nicht verletzt wird. Dies geschieht dadurch, dass der Gläubiger in gleicher Weise dem Schuldner haftet wie vor der Fälligkeit. Ein besonderes Retentionsrecht des Gläubigers anzunehmen liegt kein Grund vor, da er ohnedies durch sein fortdauerndes Pfandrecht ein Recht zum Besitz hat. Natürlich kann auch noch jetzt ein nachstehender Pfandgläubiger oder sonstiger dinglich Berechtigter gemäss § 1249 den Pfandgläubiger befriedigen (Einlösungsrecht). Will er aber die Pfandsache übergeben erhalten, so muss er nunmehr auch die eingetretenen Verzugszinsen zahlen. Geschieht

dies nicht, so kann der besitzende Gläubiger die Herausgabe verweigern. —

Wie erwähnt, besteht für den Gläubiger keine Verkaufspflicht. Daraus folgt:

1) Der Schuldner, der nicht leistet, gerät, sei es infolge Mahnung oder ohne solche (Kalendertag), in Verzug und es treten sämtliche Wirkungen desselben ein (§§ 286—90.)

2) Der Gläubiger ist in keiner Weise durch die Bestellung des Pfandes in seinem Verhalten gegenüber dem Schuldner bezüglich seiner Verpflichtung gebunden. Es hätte vielleicht nahe gelegen, dem Schuldner das Recht zu geben, den Gläubiger, der Befriedigung erheischt, auf das Pfand zu verweisen, m. a. W. dem Schuldner eine materielle Einrede zu geben. Ein entsprechender Antrag war auch gestellt worden; er wurde aber abgelehnt unter anderem mit der Begründung: „die persönliche Leistungspflicht des Schuldners werde durch die Pfandbestellung nicht berührt.“ (Protok. S. 4205). Wohl aber ist ihm im Zwangsvollstreckungsverfahren (§ 777 C. P. O.) ein Widerspruchsrecht, das beneficium excussionis realis, gegeben, freilich nur, wenn die Forderung oder etwaige mehrere Forderungen durch den Wert der Sache gedeckt sind.[1]) Es ist also als wichtiges Ergebnis festzuhalten, dass an sich die blosse Pfandbestellung den Pfandschuldner nicht vor einer Zwangsvollstreckung bewahrt, wenn er nicht im verabredeten Zeitpunkt (bei der Fälligkeit) die Forderung tilgt. —

Ein Pfandverkauf ist nun aber infolge der Umstände‘ die ihn hervorrufen, wesentlich verschieden von einem gewöhnlichen Verkauf zu beurteilen. Das hat auch der Gesetzgeber erkannt, und deshalb enthält unser Gesetzbuch eine Reihe von Bestimmungen über den Pfandverkauf und seine Wirkungen. Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich

---

[1]) Im materiellen Recht finden wir dies beneficium: 1) Im A. L. R. I, 20, § 46, 2) im B. G. B. § 772 bei der Bürgschaft.

mit diesen Wirkungen des Pfandverkaufs beweglicher Sachen nach bürgerlichem Gesetzbuche. —

Wenn wir an die Aufgabe herantreten, zu untersuchen, welches die Wirkungen des Pfandverkaufs nach B. G. B. sind, so müssen wir zunächst in das Wesen und die Ausgestaltung des Pfandverkaufes einzudringen suchen, um alsdann leichter die Wirkungen desselben darlegen zu können. —

Das Gesetz unterscheidet scharf zwei Arten des Pfandverkaufs, den rechtmässigen und den unrechtmässigen, durch welche beiden die Wirkungen des Pfandverkaufs wesentlich verschieden beeinflusst werden.

§ 1. Der rechtmässige Pfandverkauf.

Das Gesetz stellt nicht ausdrücklich fest, wann ein Verkauf rechtmässig sei, sondern lässt uns dies daraus schliessen, dass es sagt, wann er nicht rechtmässig sei. Wir entnehmen daraus die Merkmale für den rechtmässigen Verkauf, dem wir uns zunächst zuwenden.

Zur Rechtmässigkeit des Pfandverkaufs ist einmal die Innehaltung einiger formeller Vorschriften notwendig. Diese sind:

1) Verkauf im Wege öffentlicher Versteigerung, Ausnahme bei Sachen, die einen Börsen- oder Marktpreis haben; alsdann Verkauf aus freier Hand durch eine hierzu befugte Person; § 1235. Was ist eine öffentliche Versteigerung nach B. G. B.? Es ist, wie Dernburg (Sachenrecht. 2. A. 1901. S. 289) auf Grund des Gesetzes sagt, „eine solche Versteigerung darunter zu verstehen, die nicht nur öffentlich (Begriff vom R. G. festgesetzt: einem grösseren nicht individuell abgegrenzten Kreis von Personen zugänglich), sondern auch von einer Person abgehalten wird, die zu derartigen Akten öffentlich ermächtigt ist.“ In Betracht kommen (§ 383, Abs. 3 B. G. B.) 1) für den Versteigerungsort bestellte Gerichtsvollzieher, 2) zu Versteigerungen be-

fugte andre Beamte[1]), 3) öffentlich angestellte Versteigerer. Dies sind die gemäss § 36 Gew.-Ord. auf Grund der landesrechtlich Staats- oder Gemeindebehörden, auch Körperschaften zustehenden Befugnis öffentlich angestellten Auktionatoren. — Der freihändige Verkauf findet gemäss § 1235 Abs. 2, § 1221 entweder durch dieselben Personen statt oder durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler.

Es muss objektiv der Fall vorliegen, dass die öffentliche Versteigerung von einem nach Reichs- und Landesrecht zuständigen Beamten oder einer sonstigen zuständigen Person oder Behörde vorgenommen wurde. Ist das nicht der Fall, so liegt keine öffentliche Versteigerung vor, demnach treten auch nicht die Wirkungen einer solchen ein, ganz gleichgültig, ob etwa der Ersteher den Beamten etc. für befugt und zuständig gehalten hat oder nicht. Demgegenüber wird man hier an einen andern, an sich ähnlichen Fall erinnert, bei dem der Glaube der Partei umgekehrt eine wesentliche Rolle spielt. Es handelt sich um § 1319 i. V. m. § 1317. Wenn nämlich ein Nicht-Standesbeamter die Funktion eines solchen öffentlich ausübt, und die erschienenen Brautleute kennen beide seine Nichtberechtigung nicht, so wird der Mangel geheilt, d. h. es treten die Wirkungen ein, als wenn die Ehe vor dem zu-

[1]) Hier die Aufzählung der fraglichen Personen in den wichtigsten Bundesstaaten. Die Gerichtvollzieher sind kraft Reichsrechts schlechthin befugt.

1) Baden. Notare und die einzelnen Mitglieder der örtlichen Inventurbehörde. Gesetz üb. F. G. vom 17. 6. 1899. (Rechtspolizeigesetz) § 49 Z. 1. 2) Bayern. Notare. Notariatsgesetz v. 9. 7. 99 Art. 2 Z. 3. 3) Hamburg. Notare. Notariatsgesetz vom 29. 12. 99. § 6. 4) Hessen: Notare. Notariatsgesetz vom 15. 3. 99 Art. 12. Amtsgerichte. A. G. z. F. G. v. 18. 7. 99. Art. 70. 5) Preussen. Amtsgerichte u. Notare. Pr. F. G. Art. 31. Andere Behörden oder mit öffentlichem Glauben versehene Personen, vor allem Gerichtsschreiber. Art. 32. Dorfgerichte Art. 109. Ortsvorsteher, Bürgermeister, Ortsgerichtsvorsteher. Art. 111. Gemeindevorsteher. Art. 118. 6) Sachsen. Amtsgerichte u. Notare. Verordnung z. Ausführung einiger Reichsgesetze vom 24. 7. 99. § 37. 7) Württemberg. Notare. A. G. z. B. G. B. v. 28. 7. 99. Art. 105.

ständigen Standesbeamten geschlossen wäre. Übt der Betreffende das Amt, das ihm nicht zusteht, nicht öffentlich aus, so entfällt die günstige Wirkung, die Ehe ist nichtig. (§ 1324) —

2) öffentliche Bekanntmachung von Zeit und Ort der Versteigerung unter allgemeiner Bezeichnung des Pfandes (§ 1237 S. 1). Es muss hier auf das Verhältnis zwischen § 383 Abs. 3. einerseits und § 1235, 1 und § 1237 S. 1. andererseits hingewiesen werden. Warum ist der Satz „Zeit und Ort — sind bekannt zu machen" in § 1237 überhaupt gewissermassen wiederholt und warum steht er hier abgesondert von § 1235, dort in § 383 unmittelbar im selben Absatz 3? Ist es zur Rechtmässigkeit oder Gültigkeit einer öffentlichen Versteigerung notwendig, dass Zeit und Ort bekannt gemacht sind? Was zunächst die bisherige Praxis anlangt, so ist zu bemerken, dass die Judikatur uns darüber keinen Aufschluss giebt. Wohl finden sich zahlreiche Entscheidungen, die sich mit der öffentlichen Versteigerung beschäftigen, aber zumeist handelt es sich um die Frage nach der Wirkung, wenn eine nicht befugte Person sie vorgenommen hat. Es könnte sich aber ergeben, dass jemand die Gültigkeit einer öffentlichen Versteigerung leugnet, weil Ort und Zeit nicht bekannt gemacht worden sind. Durch § 383 ist jede Berechtigung hierzu völlig ausgeschlossen, wie sich aus der Stellung der definierten Worte (öffentliche Versteigerung) ergiebt. Dadurch wird auch klar, weshalb der Satz in § 1237 wiederholt ist. Gehörte die Bekanntmachung zur öffentlichen Versteigerung, so wäre es (wegen § 1235, 1) gradezu falsch, wenn der Satz sich hier wieder fände. Dadurch aber, dass dem nicht so ist, ergiebt sich die Möglichkeit, die Rechtsfolgen eines Verstosses gegen § 1235 anders, nämlich strenger zu beurteilen als die gegen § 1237 S. 1. Zwar macht in jedem Fall ein solcher den Verkauf zu einem unrechtmässigen. (§ 1243 Abs. 1.) Aber der massgebende § 1244 giebt in einem Fall den Schutz des guten Glaubens, während im andern Fall (Verstoss gegen § 1235) dieser fortfällt. —

Andererseits ist die Beobachtung folgender materieller Vorschriften Erfordernis des rechtmässigen Verkaufs:

1) Teilweise oder ganze Fälligkeit der Forderung, § 1228 Abs. 2. Hervorzuheben ist, dass die Verkaufsberechtigung mit dem Augenblick der Fälligkeit eintritt, dass somit Verzug des Schuldners noch nicht vorzuliegen braucht. „Thatsächlich wird dieser freilich in den meisten Fällen vorliegen, da der Schuldner in der Regel Eigentümer des Pfandes ist, dem letzteren der Verkauf des Pfandes nach § 1234, soweit thunlich, anzudrohen ist, und in dieser Androhung eine Mahnung zu finden sein wird. Dem Sicherungszwecke der Pfandbestellung würde es indessen nicht entsprechen, wenn das Recht des Gläubigers davon abhängig gemacht würde, dass auf Seiten des Schuldners die subjektiven Voraussetzungen des Verzuges nicht fehlen.“ (Mot. S. 817.)

2) Die nicht auf Geld gehende Forderung muss in eine Geldforderung übergegangen sein. (§ 1228 Abs. 2). Dies kann auf folgende Weise geschehen:

a) Die Parteien haben vereinbart, dass an Stelle der Forderung auf den Gegenstand nach Eintritt der Fälligkeit eine bestimmte Geldforderung treten soll.

b) Die Leistung ist infolge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes ganz oder zum Teil unmöglich geworden (§ 280 Abs. 1 u. 2 und § 325).

c) Bei Verzug des Schuldners, wenn der Gläubiger Schadensersatz verlangt (§ 286).

d) Wenn der Schuldner rechtskräftig zur Leistung verurteilt ist und der Gläubiger ihm eine Frist gestellt hat mit der Erklärung, dass er die Leistung nach Ablauf der Frist ablehne (§ 283). Ist der Schuldner also zur Leistung des Gegenstands verurteilt und hält er die gesetzte Frist nicht ein, so kann der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wie Gleiches für die Fälle b. und c. gilt. So entsteht eine auf Geld gehende Forderung.

3) Der Pfandgläubiger kann, wenn ihm mehrere Pfänder

verpfändet sind, nur so viele zum Verkauf bringen, als zu seiner Befriedigung erforderlich sind. (§ 1230 S. 2).

Wieviele das sind, ist nicht immer von vornherein klar. Wie ist es z. B., wenn für eine Forderung von 100 Mk. 3 Pfänder im Werte von 1) 30, 2) 60, 3) 80 Mk. bestellt sind? Der Wortlaut sagt: „so viele als erforderlich sind". Damit ist zunächst nicht eine bestimmte Anzahl festgesetzt, denn im vorliegenden Fall können das entweder alle 3 sein, es brauchen aber nur 2 zu sein. Es liegt auf der Hand, dass es dem Schuldner nachteilig ist, wenn der Gläubiger alle 3 wählt; er müsste hier 1) und 3) wählen, um den Schuldner am meisten zu schonen. — Entsprechende Bestimmungen, freilich nur instruktioneller Natur, finden sich in der C. P. O. bei der Zwangsvollstreckung, § 803 Abs. 1 S. 2; § 818, in deren Kommentaren sich stets die Bemerkung findet, sie seien zum Schutze des Schuldners gegeben. — Sehen wir noch ein anderes Beispiel. Forderung: 100, Pfänder. 1) 30, 2) 40, 3) 50, 4) 280. Man könnte nun auf Grund des § 1230 dahin kommen zu sagen, erforderlich ist ja nur der Verkauf eines Pfandes (4), also muss der Gläubiger dies verkaufen. Dies gradezu absurde Resultat lässt sich m. E. aus dem Gesetzestext nicht herausinterpretieren; Motive und Protokolle enthalten nichts darüber. Fest steht nur die ratio legis, dass der Satz einen Schutz für den Schuldner bilden soll. Es bleibt, um diesen wirklich zu haben, in solchen Fällen, wie wir sie angeführt haben, nur der Ausweg, dass die Parteien gemäss Satz 1 eine Bestimmung treffen. Von der Möglichkeit einer solchen sprechen die Motive S. 829, woraus hervorgeht, dass es sich im § 1230 S. 2 nicht etwa um ius cogens handelt. (Siehe auch S. 63, 66 zu §§ 1245,46) — Übrigens nicht genug damit, dass in unserm letzten Beispiel der Verkauf des Pfandes 4 rechtmässig ist, so macht sogar der Verkauf der Pfänder 1-3 dem Wortlaut gemäss den Verkauf zu einem unrechtmässigen. Man kann also nicht umhin, den § 1230 S. 2 für einen der bedenklichsten des ganzen Gesetzbuches zu erklären.

4) Zuschlag von Gold- und Silbersachen nicht unter dem Gold- und Silberwerte. Ist dieser nicht erreicht worden, so kann der Verkauf aus freier Hand zu einem den Gold- oder Silberwert erreichenden Preis durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person erfolgen. (Vgl. S. 19) (§ 1240). —

Ausser diesen zwingenden Erfordernissen hat das Gesetz instruktionelle Vorschriften gegeben, deren Nichtbeobachtung die Rechtmässigkeit nicht beeinflusst, sondern nur den gegen sie verstossenden Pfandgläubiger schadensersatzpflichtig macht. (§ 1243 Abs. 2.). Es handelt sich dabei um die Verletzung der §§ 1234, 1237 S. 2, 1238, 1241. Hierhin gehört z. B. der Fall, dass die nicht unthunliche Benachrichtigung von Ort und Zeit der Versteigerung des Eigentümers und Dritter, denen Rechte an der Pfandsache zustehen, unterblieben ist. (§ 1237 S. 2.) —

Wenn auch alle diese Erfordernisse der Rechtmässigkeit des Pfandverkaufs erfüllt sind, so bleibt noch die grundlegende Voraussetzung eines rechtmässigen Verkaufs zu erwähnen. Oberste Norm desselben ist natürlich, dass dem Gläubiger überhaupt ein gültiges Pfandrecht zustand. Ein solches liegt vor:

1) wenn das Pfandrecht in gesetzmässiger Weise bestellt ist. Die Erfordernisse einer derartigen Bestellung sind in den §§ 1205—1207 erörtert.

2) Bei der streng accessorischen Natur des Pfandrechts, die in seinem Wesen begründet liegt, versteht es sich von selbst, dass ein gültiges Pfandrecht nur zu Recht besteht, wenn überhaupt eine Forderung des Gläubigers existiert. Darum sagt auch § 1252: „Das Pfandrecht erlischt mit der Forderung, für die es besteht“. Ist das Pfandrecht sonstwie erloschen (§§ 1253—56) oder auf eine andere Person übergegangen (nämlich mit der Übertragung der Forderung, § 1250), so besteht auch kein Pfandrecht fur den bisherigen Gläubiger mehr. —

§ 2. Der unrechtmässige Pfandverkauf.

Aus der Übersicht der Bedingungen, deren Vorliegen zu einem rechtmässigen Verkauf erforderlich ist, leiten wir kurz die Fälle ab, in denen wir es mit einem unrechtmässigen Verkauf zu thun haben:

1. Es ist gegen die zwingenden formellen oder materiellen Vorschriften, die für den rechtmässigen Verkauf aufgestellt worden sind, verstossen. (§§ 1228 Abs. 2, 1230 S. 2, 1235, 1237 S. 1, 1240, 1243 Abs. 1). Sie sind oben (S. 18—23) einzeln aufgeführt.

2. Für eine grosse Anzahl anderer Fälle setzt das Gesetz die gleichen Wirkungen wie in den zu 1. genannten fest, ohne indess auch für sie den Ausdruck, „nicht rechtmässiger Verkauf" zu gebrauchen. Es handelt sich um die Veräusserung als Pfand, ohne dass dem Gläubiger ein gültiges Pfandrecht zusteht. (S. 23.).

3. Ein Irrtum über das Vorliegen eines gültigen Pfandrechts, z. B. wenn die Forderung bereits getilgt ist, kommt dem Veräusserer nicht zu gute, sondern ein etwaiger Verkauf wird nicht als rechtmässig angesehen.

Schliesslich sei noch darauf hingewiesen, dass eine sonst rechtmässige Veräusserung dieses Merkmal verliert, wenn das Pfand nicht „als solches" verkauft wird, sei es bei der öffentlichen Versteigerung oder bei dem bisweilen zulässigen freihändigen Verkauf. Es handelt sich dann nur noch um einen gewöhnlichen Verkauf, der nach den Grundsätzen des II. Buches des B. G. B. zu behandeln ist im Zusammenhang mit § 932 ff.

§ 3. Die beim Pfandverkauf beteiligten Personen.

Der Pfandverkauf ähnelt insofern einem gewöhnlichen Verkauf, als es sich auch bei ihm um die Übertragung des Eigentums auf den Käufer gegen Erstattung des Kaufpreises handelt. Durch die besondere Eigenart des Pfand-

verkaufs andrerseits entstehen jedoch sehr wesentliche Abweichungen vom gewöhnlichen Verkauf. Es gilt an dieser Stelle zwei Fragen zu beantworten: 1) Welche Personen sind im allgemeinen als beim Pfandverkauf beteiligt anzusehen? 2) Welche Personen können beim Pfandverkauf als Erwerber in Betracht kommen und welche besonderen Eigentümlichkeiten zeigen sich hierbei?

1) Beteiligt sind a) der ausbietende Gläubiger; b) der persönliche Schuldner; c) der Verpfänder, wenn er nicht mit b) identisch ist; d) der Eigentümer, wenn er weder mit b) noch mit c) identisch ist;[1]) e) jeder andere, dinglich an der Sache Berechtigte, also die vorgehenden und nachstehenden Pfandgläubiger, sowohl als etwaige Niessbraucher.

Als „beteiligt" sind nur dinglich Interessierte zu betrachten, nicht etwa diejenigen, welche irgendwelche obligatorischen Rechte gegen irgend einen jener dinglich Berechtigten haben. Das Gesetzbuch selbst gebraucht nur an einer einzigen Stelle den Ausdruck „Beteiligte", nämlich im § 1246. (Vgl. Denkschrift S. 152. Mot. S. 830. E. I. § 1178 Abs. 2.).

Als „nichtbeteiligt" zu betrachten ist der den Pfandverkauf leitende Beamte, da er einmal gänzlich unberührt von dem Ausgang bleibt und sodann eine besondere Ausschliessungsvorschrift im § 457 gegeben ist. Gleiches gilt für die anderen im § 456 erwähnten Hilfsbeamten.

Zu den Beteiligten darf man nicht diejenigen rechnen, welche sich zu der öffentlichen Versteigerung eingefunden haben und nun dabei entweder bieten, es aber auch unterlassen können. Sonst käme man zu einer unbegrenzten oder unbegrenzbaren Zahl von Beteiligten. Der Begriff selbst spielt hier beim Mobiliar-Pfandverkauf übrigens durchaus nicht eine so wesentliche Rolle, wie bei der Immobiliar-

[1]) Zur Veranschaulichung der vier Möglichkeiten diene dieses Schema:
1. Verpfänder = Schuldner = Eigentümer;
2. Verpfänder = Schuldner = Nichteigentümer;
3. Verpfänder = Nichtschuldner = Eigentümer;
4. Verpfänder = Nichtschuldner = Nichteigentümer.

Zwangsvollstreckung. (§ 9 Gesetz v. 24. 3. 97.). Dies nämlich deshalb, weil dort die Beteiligten selbst eine grosse Anzahl Rechte haben, die sie ausüben müssen, demnach viel unmittelbarer mit dem Verfahren in Berührung stehen.

Für die Rechte der Bieter gilt die Bestimmung des § 156, die einzige, welche eine allgemeine Bestimmung über die Versteigerung enthält; doch ist sie nur dispositiver Natur, sie kann also in den Versteigerungsbedingungen abgeändert werden.

2) Es ist die Teilnahme an der Versteigerung bezw. der Erwerb der Pfandsache einer grösseren Zahl Personen als im gemeinen Recht gestattet; selbstverständlich zunächst allen bisher zu der Pfandsache in keiner Beziehung Stehenden. Ferner darf auch ein Teil der „Beteiligten" als Käufer auftreten. Es kann mitbieten:

I. a. Der Eigentümer der Pfandsache. Im gemeinen Recht konnte dieser nicht mitbieten, gemäss dem Grundsatze: „nemo rem suam emere potest" (l. 40 pr. D. 13,7). Schon das A. L. R. lässt dagegen seine Beteiligung am Verkaufe zu. (I, 20 § 42). Ebenso jetzt das B. G. B.[1]) (§ 1239). Es erhellt sogleich, dass dadurch ein ungewöhnliches Geschäft zu Stande kommt. Wie ist es zu beurteilen? Nach den Motiven (S. 826) „kauft der Eigentümer nicht das Eigentum am Pfand, sondern nur die Befreiung des ihm schon zustehenden Eigentums von den auf der Sache haftenden Belastungen". Das ist jedoch nicht zutreffend. Der Eigentümer erlangt vielmehr das Eigentum so, wie es jeder andere durch den Verkauf erlangen würde. Richtig ist die Ansicht Jacubezky's, die dahin geht: „Erhält der Eigentümer den Zuschlag, so wird ihm das Eigentum kraft des Rechts des Pfandgläubigers entzogen und gleichzeitig aus der Hand des Pfandgläubigers wiedergegeben". (S. 292.) Im Falle z. B. das Eigentum bisher anfechtbar war, so erhält er jetzt, natürlich guter

[1]) Gleiches gilt bei der Versteigerung gepfändeter Sachen § 816 Abs. 4. C. P. O.

Glaube vorausgesetzt, das unanfechtbare Eigentum. Nur diese Auffassung wird dem Prinzip des B. G. B. über den weitgehenden Schutz des guten Glaubens gerecht.

Es besteht zwar für den Eigentümer nach § 1249 noch ein anderer Weg, sich zu befriedigen, der der Einlösung. Doch ist es denkbar, dass er an der Beteiligung am Verkauf ein Interesse hat, z. B., wenn sich der Versteigerungspreis niedriger gestaltet als die Schuld.

I. b. Der vom Eigentümer verschiedene persönliche Schuldner.

I. c. Der vom Eigentümer verschiedene Verpfänder.

Für diese bestand auch im römischen Recht die Möglichkeit des Mitbietens, da ja für sie der für den Eigentümer bestehende Hinderungsgrund fortfiel. (Dernburg, Pfandrecht II S. 162.)

Für die unter I a, b. genannten bestehen gewisse Beschränkungen. Nach § 1239 Abs. 2 kann das Gebot des Eigentümers und eventl. des Schuldners zurückgewiesen werden, wenn nicht der Betrag bar erlegt wird. Die Motive begründen dies so: „Es besteht die Vermutung, dass es diesen Bietern an den nötigen Mitteln zur Begleichung des Kaufpreises fehle, weil sie anderenfalls wohl das Pfand eingelöst bezw. die Schuld bezahlt hätten, und es liegt infolgedessen die Gefahr nahe, dass ihre Beteiligung an dem Bieten zu vergeblichen Versteigerungsversuchen führt.“ (S, 820.) — „Im Falle eines Übergebots wird die Kaution frei. Vor allem berechtigt zur Zurückweisung ist der ausbietende Pfandgläubiger. Doch kann er nicht schadensersatzpflichtig werden; denn er hat ein Recht auf Zurückweisung; wohl aber kann er es wegen schuldhafter Unterlassung der Zurückweisung werden“ (Biermann, § 1239 Bem. 2.) Auch die andern Beteiligten haben nach dem Wortlaut des Gesetzes das Recht zur Zurückweisung, unrichtig gestehen die Motive es nur dem Gläubiger zu. Auch dem Versteigerungsbeamten, der ja „Nichtbeteiligter“ ist, muss man dies Recht zusprechen, das er dann kraft seines Auftragsverhältnisses zum Gläubiger ausübt. — Beim

Verkauf aus freier Hand finden diese Vorschriften gemäss dem Wortlaut des Gesetzes („Versteigerung") keine Anwendung.

Für den Verpfänder gilt § 1239 Abs. 2 nicht, da ja die gegenüber Eigentümer und Schuldner berechtigte Vermutung auf ihn nicht zutreffen würde.

Erlangt der Schuldner oder der Verpfänder beim Verkauf das Eigentum, so entsteht keine Schwierigkeit der Konstruktion. —

II. Der Pfandgläubiger. Nach römischem Recht konnte er nicht mitbieten auf Grund des Satzes: „nemo secum contrahere potest." Schon das A. L. R. I, 20 § 40 vertrat den entgegengesetzten Standpunkt, und ihm folgt das B. G. B. im § 1239. Die Stellung, in welche der Pfandgläubiger gerät, wenn ihm der Zuschlag erteilt wird, hat die Bestimmung erforderlich gemacht, dass der Kaufpreis alsdann als von ihm empfangen anzusehen ist. (§ 1239 Abs. 1.) —

Es fragt sich, welches die juristische Konstruktion des Erwerbs des Gläubigers ist. Die Römer erblickten in einem derartigen Geschäft keine wirkliche Veräusserung, denn „creditor cum sibi negotium gerat, alienasse non videtur." (l. 10 pr. C. 8, 27.) Ein dennoch erfolgter Erwerb war also nichtig. (Vgl. Dernburg, Pfandrecht II S. 163 ff., sowie Bachofen S. 167—170.) Dagegen kam als Ersatz die impetratio dominii in Betracht, wenn sich kein Kauflustiger fand und eine nochmalige Mahnung des Schuldners fruchtlos geblieben war; es konnte dann das Pfand dem Gläubiger vom Regenten — in Deutschland vom Gerichte — zugeschlagen werden.

Liegt im B. G. B. eine solche impetratio dominii vor? Dies ist zu verneinen und zwar deshalb, weil jene nur eintrat, wenn sich kein Käufer fand; der Erwerb des Pfandgläubigers im B. G. B. aber ist stets zulässig, wie viel Personen auch immer sich ausserdem am Bieten beteiligen. Es kommt nur darauf an, dass der Pfandgläubiger das höchste Gebot abgiebt. Andere Abweichungen, z. B. die zweijährige Lösungsfrist, auch das Erfordernis der Mit-

wirkung des Kaisers bezw. des Gerichts würde ich nicht für so wesentlich halten, dass man um ihretwillen die impetratio dominii ablehnen dürfte.

Es käme in Betracht, ob ein „Kontrahieren mit sich selbst" vorliegt. Von einem solchen spricht das B. G. B. an einer einzigen Stelle, im § 181, ausdrücklich. Dort handelt es sich um das Handeln eines Vertreters im Namen des Vertretenen mit sich in eignem Namen oder als Vertreter eines Dritten. Es finden sich eine ganze Anzahl Anwendungsfälle dieses § im B. G. B., vornehmlich im Familienrecht: vgl. z. B. §§ 1357, 1409, 1795. Die Entstehungsgeschichte des § enthält viel Material, da die Frage, die schon im gemeinen Recht strittig war (Rümelin, Römer), nun endgiltig zur Entscheidung gebracht werden sollte und musste. Die vielen Schriften, die sich mit dem Selbstkontrahieren, seiner Konstruktion und seinen Wirkungen beschäftigen, ebenso wie die zahlreichen Gerichtsentscheidungen können uns aber fast ausnahmslos zur Erörterung unserer Frage garnichts nützen. Und zwar aus folgendem Grunde: Dort handelt es sich stets um das Handeln eines Vertreters, bei dem Pfandverkauf ist aber von einer Vertretung überhaupt keine Rede. Sondern es handelt eine Person in eigenem Namen mit sich selbst. Ich will hier nur zwei Stellen zitieren, die sich auf diesen Fall beziehen. Die erste aus einer wissenschaftlichen Arbeit (Viefhaus): „Dass eine Privatperson mit sich als Privatperson einen Vertrag schliessen kann, ist nicht möglich. Gewöhnlich wird als Grund dafür angeführt: Niemand kann Rechte gegen sich selbst erwerben. Daraus folgt jedoch (Muskat, der Vertrag des Stellvertreters mit sich selbst, Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 33 S. 510 f.) nicht sowohl, dass ein Vertragsschluss einer Privatperson mit sich selbst unmöglich ist, als vielmehr, dass bei einem solchen Rechtsgeschäft niemals eine Obligation entstehen kann. Aus dem genannten Grundsatze ergiebt sich also nur, dass das Selbstkontrahieren einer Privatperson, wenn es begrifflich möglich wäre, vollständig sinnlos sein würde, da es ohne jede Wirkung

wäre.“ — Das R. G. hat einmal beim Selbsthilfeverkauf einen Fall zu beurteilen gehabt, bei dem jemand nach Art. 343 seine eigenen Waren gekauft hatte. — Bei der Entscheidung urteilt es so: Es ist nicht nur nach positiven Rechtsvorschriften unzulässig, sondern an sich undenkbar, dass eine Person in eigenem Namen handelnd mit sich ebenfalls in eigenem Namen Handelnden einen Vertrag abschliessen könne.[1]) (R. G. V S. 59.) Diese Auffassung ist unrichtig und zwar einmal ist es nämlich recht gut denkbar und sodann sind, wie wir sehen werden, thatsächlich solche Rechtsvorschriften vorhanden. Denn betrachten wir einmal den § 1239. (Auch § 373 Abs. 4 H. G. B.) Er sagt: „Der Pfandgläubiger kann bei der Versteigerung mitbieten; erhält er den Zuschlag, so ist der Kaufpreis als von ihm empfangen anzusehen.“ Aus dieser einzigen Stelle ergiebt sich zunächst, dass es im übrigen so angesehen werden soll, wie wenn ein Dritter den Zuschlag erhalten hätte. Das heisst: Es ist ein Kauf zustande gekommen. Dies ist unter anderm daraus zu entnehmen, dass der Fall in seinen Wirkungen ebenso behandelt wird, wie jeder andre Pfandverkauf auch. Zum Beweis: 1) Die Motive S. 826: „Die aus dem Zuschlag sich ergebende Verpflichtung des Gläubigers an sich selbst zu zahlen, bringt denselben zu Gunsten des Eigentümers in die rechtliche Lage, als wenn er an sich selbst gezahlt hätte und demgemäss wegen seiner Forderung befriedigt bezw. restitutionspflichtig wäre, soweit ein Überschuss sich ergiebt.“ (Ebenso Haftung gegenüber einem 3. Realberechtigten.) 2. Gewährleistungsfrage (Vgl. S. 80).

Zwei Gründe sind noch zu erörtern, aus denen im allgemeinen wie auch in den Schriften und Entscheidungen

[1]) Das R. G. nimmt hier an, der Käufer habe nicht als Ansteigerer gekauft, sondern einfach die Sache aus der Auktion zurückgezogen. Man braucht die Richtigkeit dieser Auffassung hier nicht zu untersuchen, denn für unsern Fall passt das zweifellos nicht, da ja gerade durch diesen Kauf die alten Rechtsverhältnisse beendet werden sollen und viele neue entstehen.

so oft die Möglichkeit des Selbstkontrahierens abgewiesen bezw. verworfen wird, die aber auch auf unsern Fall nicht passen:

1) Die Interessenkollision. Von einer solchen kann nun hier ganz und garnicht die Rede sein. Denn dadurch, dass ja die Versteigerung öffentlich ist und jedermann mitbieten kann, ist ja ausgeschlossen, dass der Gläubiger zum Nachteil irgend eines andern den Zuschlag zu niedrig erhalten könne, im übrigen handelt es sich ja gewöhnlich darum, dass eine Person die Interessen zweier Personen in sich selbst wahrnehmen soll.

2) Es wird darauf hingewiesen, wie schwer es sei, festzustellen, wann denn nun eigentlich der Vertrag zustande gekommen sei und seine Wirkung ausübe, andrerseits, dass der Handelnde unkontroliert sei bezw. seine Handlung rückgängig machen könne. Diese Frage spielt auch eine grosse Rolle im Fall des Selbsteintritts des Kommissionärs, der eine ganze Litteratur hervorgebracht hat. So ähnlich auch das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs mit der uns beschäftigenden Frage sein mag, so liegt doch grade hier ein wesentlicher Unterschied. Grade infolge der Öffentlichkeit des Verfahrens bei der Versteigerung und dadurch, dass gemäss § 156 „der Vertrag" durch den Zuschlag zustandekommt, ist eine zweifellose Klarheit über den Zeitpunkt des Abschlusses gegeben. —

Hiermit glaube ich bewiesen zu haben, dass thatsächlich ein Kaufvertrag zustande kommt und es ist deshalb nicht richtig zu sagen: Ein Vertrag ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft; zum Abschluss desselben ist das Vorhandensein zweier Kontrahenten unbedingt erforderlich. (Viethaus, S. 10.). Das R. G. wird seinen Standpunkt verlassen müssen (es hat auch hinsichtlich des Selbstkontrakts eines Vertreters recht mannigfach geschwankt), und auch die oben angeführten Sätze von Viethaus und Muskat entbehren der Begründung. —

Wir sagen also: die in den Motiven offen gehaltene Frage, ob eine impetratio dominii oder ein Selbstkontra-

hieren vorliegt, ist in letzterem Sinne zu beantworten. Jedoch darf man dabei nicht an die gewöhnliche Art desselben denken, die in § 181 enthalten ist, sondern es ist eine ganz besondere Art des Selbstkontrahierens, die freilich ihren Namen hier mit viel grösserem Recht trägt, als dort, da es sich wirklich im engsten, reinsten Sinn des Worts um ein „Kontrahieren mit sich selbst“ handelt. —

Der Eigentumserwerb hat hier hinsichtlich der bestehenden Rechte Dritter keine andere Wirkung als in dem gewöhnlichen Fall. (Über die Gewährleistung vgl. unten S. 80). —

Haben wir somit gesehen, dass der Kreis derer, die das Pfand erstehen können, fast unbeschränkt ist, so ist doch auf eine wichtige Einschränkung hinzuweisen. Diese findet sich in dem Titel vom Kaufe. Nach §§ 456, 457 dürfen „bei einem Pfandverkauf der mit der Vornahme oder Leitung des Verkaufs Beauftragte und die von ihm zugezogenen Gehülfen, mit Einschluss des Protokollführers, den zum Verkauf gestellten Gegenstand weder für sich persönlich oder durch einen anderen, noch als Vertreter eines Andern kaufen“. Erwirbt diesem gesetzlichen Verbote zuwider einer der Beauftragten u. s. w. die Pfandsache, so tritt nicht der gewöhnliche Erfolg der Nichtigkeit ein, (§ 134), sondern es gilt hierfür die besondere Regelung des § 458. Die Wirksamkeit hängt von der Zustimmung der bei dem Verkauf als Schuldner, Eigentümer oder Gläubiger Beteiligten ab. — Zweierlei ist hier hervorzuheben: 1) die Zustimmung umfasst sowohl die vorherige Zustimmung (Einwilligung § 183), als auch die nachträgliche (Genehmigung § 184); mithin kann ein solcher Verkauf im voraus als giltig bestimmt werden; 2) es ist die Zustimmung des einen oder andern Beteiligten nicht genügend, sondern die aller Beteiligten erforderlich. —

Was den Fall der Genehmigung betrifft, so ist der Käufer zunächst an den Vertrag gebunden, die übrigen Beteiligten jedoch nicht, so dass das Geschäft in der Schwebe bleibt. Um diesem Zustande ein Ende zu machen,

kann der Käufer die Beteiligten um ihre Genehmigung ersuchen. Diese muss innerhalb vier Wochen nach Empfang der Aufforderung erteilt werden; wird sie nicht erklärt, so gilt sie als verweigert. (§ 177 Abs. 2 und § 458 S. 2.). Ist die Genehmigung von allen Beteiligten erklärt, so ist das Geschäft als von Anfang an wirksam zu betrachten. Wird sie von auch nur einem verweigert, so ist das Geschäft ungiltig; es muss ein neuer Verkauf vorgenommen werden. Der frühere Käufer muss für dessen Kosten aufkommen und auch für einen etwaigen Mindererlös. — Diese Haftung schliesst indessen eine weitere auf Grund des § 823 Abs. 2 nicht aus. Dieser „verpflichtet denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines andern bezweckendes Gesetz verstösst, zum Ersatze des dem andern daraus entstehenden Schadens". Wer also vorsätzlich oder fahrlässig dem Verbot der §§ 456,7 zuwiderhandelt, ist noch zum Ersatz des Schadens verpflichtet, welcher einem der Beteiligten, zu deren Schutze das Verbot dienen soll, aus der Zuwiderhandlung erwächst. (Planck, § 458 N. 2.)

II. Teil.

Die dinglichen Wirkungen des Pfandverkaufs nach bürgerlichem Gesetzbuche.

A. Die dinglichen Wirkungen des rechtmässigen Pfandverkaufs.

§ 4. Der Eigentumsübergang und Rechte Dritter an der Pfandsache.

Das bisher Gesagte hatte den Zweck, einige Begriffe, mit denen wir im Folgenden oft zu thun haben werden, klarzulegen, um so die Darstellung zu erleichtern. Als Quelle für die Aufgabe, an die wir nun herantreten, die Wirkungen des Pfandverkaufs zu untersuchen, dienen vor allem die §§ 1242—44, 1247.

Wir betrachten zunächst die dinglichen Wirkungen des Pfandverkaufs und zwar zuerst beim rechtmässigen, dann beim unrechtmässigen. —

Der § 1242 Abs. 1 sagt, dass der „Erwerber durch die rechtmässige Veräusserung des Pfandes die gleichen Rechte erlangt, wie wenn er die Sache vom Eigentümer erlangt hätte". Wir werden uns zwar überzeugen, dass der Satz in dieser Allgemeinheit einigen Beschränkungen unterliegt, doch wollen wir zunächst unter Ausseracht-lassuug dieser seine Bedeutung untersuchen. Er verweist uns auf die §§ 929—931, wenn es heisst, „er erlangt die

gleichen Rechte, wie wenn er die Sache vom Eigentümer erworben hätte". Denn diese Paragraphen sind es, die die Uebertragung des Eigentums seitens des Eigentümers behandeln. Den wichtigen Grundgedanken, der durch § 1242 ausgedrückt wird, stellen wir an die Spitze: „Die rechtmässige Veräusserung des Pfandes übt dingliche Wirkung aus". — Die Anwendung der §§ 929—931 auf den Pfandverkauf ergiebt nun dieses Bild:

1. Nach erfolgtem Zuschlag (§ 156) übergiebt der Versteigerer als Stellvertreter oder der Pfandgläubiger selbst die Sache dem Erwerber, beide sind über den Eigentumsübergang einig; dadurch tritt er ein. (§ 929 S. 1.).

2. Ist der Käufer bereits im unmittelbaren oder mittelbaren Besitz der Sache, — was nicht häufig sein wird, da der Pfandgläubiger nach § 1215 zur Verwahrung verpflichtet ist, — so genügt die Einigung über den Eigentumsübergang, nachdem der Zuschlag dem besitzenden Käufer erteilt ist. (§ 929 S. 2.). Ist der Pfandgläubiger selbst der Käufer, was ja nach § 1239 möglich ist, so dürfte man wohl einen Erwerb nach § 929 S. 2 annehmen, da er ja den Besitz der Sache hat. § 1242 (Abs. 1 S. 2) fügt jedoch ausdrücklich hinzu, dass die allgemeine Regel auch für den Fall gilt, dass der Pfandgläubiger den Zuschlag erhält.

3. Der Pfandgläubiger ist im unmittelbaren oder mittelbaren Besitz der Sache, — was die Regel sein wird, — so ist zunächst die Willenseinigung beider auch erforderlich; an Stelle der Uebergabe kann die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses treten, vermöge dessen der Erwerber (Käufer) mittelbaren Besitz erlangt (constitutum possessorium[1]) § 930). Ein solches Rechsverhältnis muss aber ernstlich zustande kommen, es genügt nicht, wenn der Käufer einfach sagt, der Gläubiger könne die Sache noch behalten.

[1]) Es ist zu beachten, dass beim Pfandverkauf der § 930 (constit. possess.) wohl Anwendung finden kann, während die Pfandbestellung durch constitutum possessorium unzulässig ist. (§ 1207.)

4. Ist ein Dritter im Besitz der Sache, so kann die Übergabe dadurch ersetzt werden, dass der Pfandgläubiger dem Käufer den Anspruch auf Herausgabe abtritt. Er braucht nicht die Herausgabe der Sache zu verlangen oder zu erzwingen, sondern er wird unmittelbar mit der Abtretung des Anspruchs Eigentümer der Sache. Eine Anzeige an den Besitzer ist nicht einmal notwendig; dessen Mitwirkung oder Zustimmung ist gänzlich belanglos. (Kober, § 931 S. 84).

In allen Fällen des rechtmässigen Pfandverkaufs erlangt der Erwerber also das Eigentum an der Sache. —

Es ist noch zu untersuchen, wie sich die übrigen dinglichen Rechte, die an der Pfandsache bestehen können, infolge des Verkaufs gestalten. Gemäss Absatz 1 des § 1242 wäre der § 936 heranzuziehen, der als allgemeine Regel aufstellt: „Ist eine veräusserte Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, so erlischt das Recht mit dem Erwerbe des Eigentums. Das Recht bleibt jedoch bestehen, wenn der Erwerber zur Zeit der Erlangung des Eigentums in Ansehung des Rechts nicht in gutem Glauben ist.“ Es handelt sich darum, dass an der verkauften Sache ausser dem dem Pfandverkaufe zu Grunde liegenden Pfandrechte noch andere Pfandrechte oder ein Niessbrauch bestellt sind[1]).“ Es heisst mit Bezug hierauf: „Pfandrechte an der Sache erlöschen, auch wenn sie dem Erwerber bekannt waren. Das Gleiche gilt von einem Niessbrauch, es sei denn, dass er allen Pfandrechten im Range vorgeht.“ (§ 1242 Abs. 2.) Die Erklärung für diese Regelung findet sich in den Motiven. (S. 831.) „Bezüglich vorgehender Niessbrauchsrechte bleibt es im allgemeinen bei der Regel, dass der spätere Pfandgläubiger nur die belastete Sache

[1]) Die Kommentare und Lehrbücher erwähnen noch „andere“ dingliche Rechte und sagen, für diese gelte § 936. Dem ist zu entgegnen, dass es an fremden beweglichen Sachen keine andern dinglichen Rechte giebt als diese zwei. Nach einer Auffassung, die aber nicht die herrschende ist, ist auch das kaufmännische Retentionsrecht ein dingliches, in welchem Fall man dies hier hinzurechnen müsste. (Vgl. oben S. 15.)

veräussern kann. Geht jedoch dem Niessbrauch ein Pfandrecht vor, so muss der Niessbrauch durch die Veräusserung des nachstehenden Pfandgläubigers untergehen, weil diese Veräusserung sogar das dem Niessbrauch vorgehende Pfandrecht zum Erlöschen bringt. Die Surrogation des Erlöses beseitigt eine materielle Benachteiligung des Niessbrauchers."

§ 5. Der Erlös aus dem Pfandverkauf.

Es hat sich gezeigt, dass entgegen der allgemeinen Regel des § 936 alle Pfandrechte — und fast alle Niessbrauchsrechte — an der Sache durch den Pfandverkauf erlöschen. (§ 1242 Abs. 2). Es ist damit nun keine Benachteiligung der übrigen Berechtigten gegenüber dem verkaufenden Pfandgläubiger von dem Gesetz beabsichtigt, sondern, wie die Motive (S. 830) ausführen, „beruht diese Bestimmung auf der Erwägung, dass dem Zwecke des vorgehenden Pfandrechts Genüge geschieht, wenn dieses Recht auf den Erlös übertragen wird."

Es fragt sich, welche Rechtsverhältnisse an dem Erlöse entstehen. Wir beschränken uns zunächst wieder auf den Erlös, welcher bei einem rechtmässigen Pfandverkauf erzielt worden ist.

Über die rechtliche Behandlung des Erlöses giebt uns das Gesetz nur in einem einzigen Paragraphen (1247) Aufschluss. Er lautet: „Soweit der Erlös aus dem Pfande dem Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung gebührt, gilt die Forderung als von dem Eigentümer berichtigt. Im übrigen tritt der Erlös an die Stelle des Pfandes."

Das war im wesentlichen schon der Standpunkt des allgemeinen Landrechts, in dem es heisst: „Soweit der Gläubiger durch den Verkauf oder Zuschlag der verpfändeten Sache befriedigt worden, entstehen daraus alle Wirkungen einer von dem Schuldner unmittelbar geleisteten Zahlung." (I, 20 § 43).

„Der Erlös zerfällt, wie sich aus dem Gesetzestext er-

giebt, in zwei Teile: 1. der Teil, welcher dem Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung gebührt; 2. der Rest (hyperocha des gemeinen Rechts.) (Biermann, §1247 S. 281.)

Was den ersten Teil betrifft, so ist zu beachten, dass das Pfand dem Gläubiger nicht nur für die Forderung in ihrem jeweiligen Bestand (Zinsen und Vertragsstrafen), sondern auch für Ansprüche auf Ersatz für Verwendungen, für die Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung und schliesslich für die Kosten des Pfandverkaufs haftet. (§ 1210.) Die sich hieraus ergebende Summe gebührt dem Gläubiger und erst der Rest bildet den Ueberschuss, jedoch mit einer Einschränkung. Wir haben gesehen, dass alle Pfandrechte und fast alle Niessbrauchsrechte durch den Pfandverkauf erlöschen. Da nun nach B. G. B. auch der nachstehende Pfandgläubiger den Verkauf betreiben kann (§1232), so wird es häufig vorkommen, dass vorgehende dingliche Rechte an dem Pfande bestanden. Diese untergegangenen Rechte leben an dem Erlöse wieder auf (ebenso wie die nachstehenden) und müssen zu allererst berücksichtigt werden, d. h. die betreffenden Berechtigten haben den ersten Anspruch auf den Erlös.

Der Umstand, dass der Erlös sich aus den oben genannten zwei Teilen zusammensetzt, hat zu zwei verschiedenen Meinungen über die Rechtsverhältnisse am Erlöse geführt. Die eine, die sich auf die Motive stützt, wird von Biermann (1247) vertreten. Demnach erwirbt der Pfandgläubiger im Falle der Barzahlung Eigentum an dem ihm gebührenden Teile. Was den etwaigen Ueberschuss, der zunächst auch in seinen Besitz gelangt, betrifft, so erlangt er an diesem nicht Eigentum, sondern nur den Besitz, und zwar als Stellvertreter der Berechtigten, deren zerstörte Rechte auf diesen Überschuss übergehen. Das ist um deswillen falsch, weil man ja nicht weiss, welches der eine und welches der andere Teil ist, da es sich um Geld handelt. Deshalb bleibt es stets bei dem, was Biermann weiterhin sagt: Nur in dem Falle, dass eine untrennbare Vermischung der beiden Teile in der Hand des

Pfandgläubigers eingetreten ist, liegt Miteigentum vor gemäss § 948, 947 Abs. 1: „Werden bewegliche Sachen miteinander dergestalt vermischt, dass sie wesentliche Bestandteile einer einheitlichen Sache werden, so werden die bisherigen Eigentümer Miteigentümer dieser Sache; die Anteile bestimmen sich nach dem Verhältnisse des Wertes, den die Sachen zur Zeit der Vermischung haben." —

Wie schon aus dem eben entwickelten Gesichtspunkt hervorgeht, ist deshalb die zweite Meinung richtig, zu deren Anhängern Kober (§ 1247) und Stobbe-Lehmann (S. 349) gehören. Darin, dass, falls der Erlös die Forderung gerade deckt, der Pfandgläubiger das Eigentum erwirbt, stimmen sie mit Biermann überein. Wenn aber der Erlös grösser ist, so lassen sie in jedem Fall Miteigentum zwischen dem Eigentümer der Pfandsache (er hat Anspruch auf den Überschuss) und dem Pfandgläubiger (dem ein Teil zu seiner Befriedigung gebührt) entstehen. Der Pfandgläubiger erhält, immer Barzahlung vorausgesetzt, den ganzen Erlös. Wenn er nun den ihm zukommenden Teil entnimmt, so löst er damit das Miteigentum und der Pfandeigentümer wird Alleineigentümer am Überschuss. Nur hat der Gläubiger zunächst noch den Pfandbesitz und der Eigentümer eine Forderung gegen ihn auf Herausgabe des Überschusses.

Ganz so glatt und rasch wird sich das jedoch gewöhnlich nicht abwickeln. Im Gegenteil sind einige wichtige Fragen zu untersuchen, wenn der Gläubiger den gesamten Erlös innehat. Man muss dann hinsichtlich des Überschusses auf § 1247 S. 2 zurückgehen: „Im übrigen tritt der Erlös an die Stelle des Pfandes." Der Gläubiger hat also gemäss § 1215 die Verwahrungspflicht an dem Pfand-Überschuss (hyperocha). Wie gestaltet sich diese nun in unserm Fall, da es sich um Geld handelt? In Anwendung kommen die Paragraphen des B. G. B. aus dem Abschnitt „Verwahrung" (§§ 688 ff.). — Wenn auch, wie wir gesehen haben, Miteigentum am Erlös vorliegt, so fragt sich, wie lange dauert das? Der Pfandgläubiger kann ja z. B. das Geld

mit anderm vermischen und es alsdann ausgeben. An dem Geld hört dann doch zweifellos das Miteigentum auf, während selbstverständlich die Ansprüche des Eigentümers u. s. w. fortdauern. Während also theoretisch gemäss § 948 das Eigentum nicht verloren gehen könnte, muss man in diesem Fall, da es sich um Geld handelt, doch zu einem derartigen Resultat kommen. Freilich soll der Pfandgläubiger nicht so mit dem Überschuss verfahren, sondern es sind folgende Regeln für seine Verwahrungspflicht aufzustellen: Er soll den (der Grösse nach bekannten) Überschuss alsbald trennen und verwahren und zwar muss er ihn gesondert von dem ihm gebührenden Teil und von etwaigem anderen Geld legen. So handelt er pflichtmässig und hat demnach nur für gewöhnliche Haftung, diligentia quam suis, § 690, einzustehen. Vergreift er sich an dem Geld, sei es, dass er den Erlös mit anderm Geld vermischt, sei es, dass er den Überschuss gar ausgiebt oder sei es, dass er ihn nicht trennt, so muss er die Haftung auch für casus auf sich nehmen, da er seiner Pflicht, das Geld zu restituieren, durch seine Schuld nicht mehr nachkommen kann. Die Beweislast trifft, entsprechend dem Prinzip des B. G. B., dass derjenige, welcher etwas herauszugeben hat, beweispflichtig ist, ihn, den Pfandgläubiger, dahin gehend, dass er das Geld abgesondert verwahrt habe. Eine andere Beweisregelung wäre ja hier praktisch auch undurchführbar. — Auf § 990 und § 989 zurückzugreifen geht nicht an, da nicht ein bösgläubiger Erwerbsbesitz im Sinne des § 990 vorliegt, denn der Pfandgläubiger ist ja zum Besitze berechtigt. —

Der Gläubiger erhält das Geld nicht direkt vom Ersteher, sondern durch Vermittlung des Gerichtsvollziehers. Über dessen Stellung ist einiges zu bemerken. Es unterliegt heute keinem Zweifel mehr, dass der Gerichtsvollzieher Beauftragter des Gläubigers ist und demnach die Bestimmungen des B. G. B. über einen solchen anzuwenden sind. (Vgl. R. G. IX S. 361, besonders XVI S. 396 ff.). Er haftet also einmal dem Gläubiger für jede Fahrlässig-

keit (§ 276). Andererseits aber ist der Schuldner geschützt durch § 839, 1, welcher den Gerichtsvollzieher wegen Verletzung der Amtspflicht haften lässt. (Vgl. noch E. G. z. B. G. B. Art. 60 u. 61). —

Für das Verhalten bei der Versteigerung sagt das B. G. B. nichts, man darf aber nicht zögern wegen der Ähnlichkeit mit der öffentlichen Versteigerung bei der Zwangsvollstreckung die dort geltenden Grundsätze auf unsere Versteigerung zu übertragen. Zunächst hat der Gerichtsvollzieher die Pflicht, den Erlös alsbald abzuliefern. Geschieht das nicht, so trägt indessen der Gläubiger die Gefahr, der auch bereits das Eigentum erwirbt, wenn der Ersteher an den Gerichtsvollzieher zahlt. Wenn dieser aus diesem oder jenem Grunde das Geld nicht abliefert, so kann sich der Gläubiger darauf dem Eigentümer und etwaigen dinglichen Berechtigten gegenüber nicht berufen, sondern es wird so angesehen, als habe er den Erlös erlangt. Ob der Gerichtsvollzieher schliesslich zahlt, oder ob der Gläubiger infolge der Haftung des Staats zu seinem Gelde kommt, ist eine andere Frage, die für die Berechtigten (Beteiligten) gleichgültig ist. —

Bei der Erörterung der Rechtsverhältnisse am Erlöse dürfen die drei Fälle nicht übersehen werden, in denen entgegen der gewöhnlichen Regel keine Barzahlung erfolgt:

1. Der Pfandverkauf hat ohne Bestimmung der sofortigen Barzahlung und des Rechtsverlust bei Unterlassung derselben stattgefunden. (§ 1238 Abs. 1).

2. Die Barzahlung unterbleibt, ohne dass vor Schluss des Versteigerungstermins von dem Vorbehalt der Rechtsverwirkung Gebrauch gemacht wird. (§ 1238 Abs. 2).

In beiden Fällen — das ist hervorzuheben — bleibt die Veräusserung rechtmässig. Der Pfandgläubiger hat nur obligatorische Ansprüche gegen den Ersteher. (§ 1238 Abs. 2 S. 1, 2. Hälfte).

3. Der Pfandgläubiger, der ja, wie oben (S. 28) ausgeführt, zum Mitbieten berechtigt ist, erhält den Zuschlag.

In allen drei Fällen ist der Kaufpreis als vom Pfand-

gläubiger empfangen anzusehen. (§§ 1238 Abs. 2, S. 1, 1. Hälfte, 1239 Abs. 1). Seine Befriedigung erfolgt im Wege der sich von selbst verstehenden Aufrechnung (Mot. S. 833). Bezüglich des Überschusses besteht eine Forderung des Eigentümers auf Auszahlung gegen den Pfandgläubiger. —

Die Wirkung eines Verstosses gegen § 1238, 1 macht, wie gesagt, den Verkauf nicht zu einem unrechtmässigen, sondern nur schadensersatzpflichtig. Die vom gewöhnlichen Verkauf abweichende Art erfordert einige Betrachtungen über die rechtliche Lage.

1) „Der Kaufpreis ist als von dem Pfandgläubiger empfangen anzusehen". Dieselben Worte finden sich im § 1239 Abs. 1 S. 2. Will man die Wirkungen des Verkaufs untersuchen, so ist man hinsichtlich der Rechtsverhältnisse am „Erlös" auf § 1247 beschränkt. Es wäre nun an sich ein Zweifel möglich, ob man unter „Erlös" auch die aus § 1238, 1239 sich ergebenden Forderungen verstehen dürfe. Das ist bejahend zu beantworten; einmal ergiebt sich das aus dem Zweck und Sinn der Bestimmungen, sodann steht es, für den § 1239 ausdrücklich in den Motiven (S. 833), dass unter „Erlös" auch die Forderung des Eigentümers gegen den Gläubiger zu verstehen sei. Die Gleichartigkeit von § 1239 und § 1238 in dieser Beziehung kommt übrigens am besten im E. II § 1146 zum Ausdruck, wo der jetzige § 1239 Abs. 1 S. 2 im 2. Absatz steht.

2) Erfolgt der Verkauf ohne die Bestimmung des § 1238 Abs. 1, so erhebt sich die Frage nach der Stellung des Eigentümers gegenüber dem Pfandgläubiger. Auf Grund von § 1247 gilt die Forderung, „soweit der Erlös aus dem Pfande dem Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung gebührt, als von dem Eigentümer berichtigt." Daraus folgt, dass des Pfandgläubigers Forderung in der betreffenden Höhe getilgt ist, unabhängig davon, ob der Ersteher ihm früher oder später etwas zahlt. Die ganze Gefahr trägt also der Gläubiger. Ist der Kaufpreis höher als die

getilgte Forderung, so entsteht eine Forderung des Eigentümers gegen den Gläubiger in Höhe des Überschusses. Bei Vorhandensein anderer dinglich an der Pfandsache Beteiligter entstehen deren Rechte an der Forderung. Der Gläubiger kann auch hier sich nicht darauf berufen, dass der Ansteigerer noch nicht gezahlt hat, sondern muss auch für den Überschuss aufkommen. Nun kann es aber sein, dass der Gläubiger zahlungsunfähig ist; kann er dann auf den Ansteigerer verweisen? Die Frage ist zu verneinen. Nach früherem gemeinen Recht ging beim Kreditkauf vor der Bezahlung Eigentum nicht über; danach hätte der Eigentümer die Möglichkeit gehabt, seine Sache zu vindizieren; es hätte der ganze Pfandverkauf mit seinen Wirkungen rückgängig gemacht werden können. Das ist jetzt anders. Eigentum hat der Ersteher unanfechtbar erworben. Andererseits besteht zwischen ihm und dem bisherigen Eigentümer kein Rechtsverhältnis. In diesem Fall also erleiden der Eigentümer und etwaige dinglich Berechtigte einen Schaden durch den gültigen Pfandverkauf. Erfüllt der Pfandgläubiger seine Pflicht gegen den Eigentümer, so hat er natürlich, wie das Gesetz noch ausdrücklich hervorhebt, obligatorische Rechte gegen den Ersteher; diese bleiben überhaupt unberührt.

Die Regelung des § 1238 steht übrigens, worauf auch die Motive hinweisen, nicht einzig da; vielmehr findet sich ein analoger Fall im H. G. B. Art. 369 Abs. 3 S. 1, § 393 Abs. 3 S. 1. Verkauft der Kommissionär unbefugt auf Kredit, so ist er verpflichtet, dem Kommittenten sofort als Schuldner des Kaufpreises die Zahlung zu leisten.“ (Vgl. auch § 817 Abs. 4 C. P. O.). —

Es ist möglich, dass ein Pfand für mehrere Forderungen desselben Gläubigers gegen denselben Schuldner bestellt ist. Für die Frage, wie im Falle, dass der Erlös nicht zur Deckung aller ausreicht, dieser auf die einzelnen Forderungen zu verteilen ist, bestehen keine besonderen Bestimmungen. Es ist zu untersuchen, ob die §§ 366 und 367 Anwendung finden können. In der Litteratur

findet sich nichts direkt auf unsere Lage bezügliches. Dort ist nur behandelt: 1) allgemein die Frage der Leistung durch einen Dritten, 2) Leistung im Fall der Zwangsvollstreckung.[1]) Über die Berechnung im letzteren Fall sind beide möglichen Anschauungen vertreten d. h. sowohl Anwendung als Ablehnung von §§ 366 und 367.

1) Für die Anwendung von § 366 spricht sich Örtmann deshalb aus, weil der Paragraph allgemein redet. (Gleiches für § 367). Planck erklärt die Anwendung für zweifelhaft, möchte aber bejahen. (§ 366 Z. 4.).

2) In entgegengesetztem Sinne äussert sich Dernburg, der meint, die Vorschriften des § 366 gelten nur für freiwillige Leistungen, keineswegs für zwangsweise Beitreibung, (II 1, § 117).

Schollmeyer sagt in § 366 N. 6, bei der Zwangsvollstreckung findet wegen § 819 C. P. O. § 366 Anwendung. Dagegen bei § 1233 Abs. 2 nicht der Abs. 1, weil der Gläubiger sich hier selbst befriedigt. Ich möchte das nicht für konsequent halten, denn der § 1233 Abs. 2 behandelt ja direkt die Zwangsvollstreckung.

Daraus, dass die Motive (II. S. 88) den § 367 für anwendbar in der Zwangsvollstreckung erklären, ohne dabei des § 366 Erwähnung zu thun, muss man folgern, dass sie § 366 für nicht anwendbar halten.

Meine Meinung geht dahin, dass dem zuzustimmen sei und zwar aus Gründen, die auf dem Unterschied in der Fassung beider Paragraphen beruhen. In § 366 heisst es: „Das vom Schuldner geleistete“, in § 367 „eine nicht ausreichende Leistung.“ Es entsteht aber nun die Frage, wie denn die betreffende Summe anzurechnen sei. In 1. Linie kommt natürlich eine etwaige Parteivereinbarung in Betracht. Fehlt eine solche, so scheint mir das die richtigste und billigste Lösung. Unter mehreren un-

[1]) In unserem Falle ist ja eigentlich keins von beiden gegeben. Das ganze Wesen aber und die Ähnlichkeit des Verhältnisses zwingt uns, die behandelte Frage unter dem Gesichtspunkt der Zwangsvollstreckung zu betrachten.

gleich alten Forderungen wird die älteste zuerst getilgt, unter gleichaltrigen wird verhältnismässig aufgerechnet. (§ 366 Abs. 2 hat auch deshalb keinen Sinn für unsere Frage, weil es sich ja doch nur um fällige, in gleicher Weise, nämlich durch das Pfand gesicherte Schulden handelt.)

§ 367 ist anzuwenden. —

Der § 1247 sagt nicht nur, dass die Forderung berichtigt wird, sondern er fügt hinzu, sie gilt als von dem Eigentümer berichtigt. Wir wissen, dass dieser nicht der persönliche Schuldner zu sein braucht. In einem derartigen Falle kommt ihm diese Bestimmung zu Gute. Denn nach § 267 kann auch ein Dritter die Leistung bewirken, wenn der Schuldner nicht in Person zu leisten hat. Dadurch, dass der Pfandgäubiger den Erlös erhält, ist der persönliche Schuldner zunächst von seiner Verbindlichkeit befreit. Die Forderung des Gläubigers erlischt also in jedem Fall, soweit er befriedigt ist. Es entsteht die Frage nach dem Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem persönlichen Schuldner. Zu unterscheiden ist wieder, ob der Eigentümer der Verpfänder ist, oder ob ein Nichteigentümer die Sache verpfändet hat. Ist der Eigentümer der Verpfänder, so geht die Forderung auf ihn über gemäss § 1225 S. 1.[1]) Ist der Eigentümer nicht der Verpfänder, so muss auch hier die Forderung des Gläubigers auf den Eigentümer (aber nicht den Verpfänder) übergehen, weil in gleicher Weise durch den Pfandverkauf die Forderung durch den Eigentümer berichtigt ist. (In der Praxis ein recht seltener Fall). Bei diesem Übergang gilt, wie bei der Bürgschaft (§ 774) der Satz: „Der Übergang kann nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden".

---

[1]) Abweichend Kober und Fischer-Henle (§ 1247), die meinen, falls zwischen Eigentümer und Schuldner kein besonderes Rechtsverhältnis bestehe, könne der Eigentümer gegen jenen einen Rückgriff wegen ungerechtfertigter Bereicherung nehmen. (812 ff.)

Der Zweck des gesetzlichen Übergangs der Rechte des Gläubigers liegt, wie im allgemeinen feststeht (Schollmeyer, Dernburg u. a.), darin, „dem befriedigenden Dritten einen Ersatzanspruch gegen den Schuldner mit dem identischen Inhalt der aufgehobenen Forderung zu verschaffen". Doch soll der Übergang nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden. Diese Worte bedürfen einer Interpretation, die ihnen denn auch von verschiedenen Seiten zuteil geworden ist und zwar in fast übereinstimmender Weise. Dies die Hauptgrundsätze:

1) Der Übergang tritt ein, auch wenn er dem Gläubiger zum Nachteil gereicht. Erst wenn dieser Übergang zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht wird, muss dieser sich regen, und zwar entweder durch eine Einrede oder im Fall der Zwangsvollstreckung mit §§ 766, 771 oder § 805 C. P. O.

2) Der Nachteil muss durch den Übergang entstanden sein, es kommt also nicht in Betracht, wenn durch jegliche Tilgung der Forderung dem Gläubiger Nachteil erwüchse. (Schollmeyer § 268).

3) Der Gläubiger haftet weder für das Bestehen der Forderung, noch für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners. Allerdings kann er wegen ungerechtfertigter Bereicherung belangt werden, wenn die Forderung nicht bestand.

4) Hat im Falle des § 1249 (Einlösungsrecht) z. B. der Gläubiger aus irgend einem Grunde ein Retentionsrecht an der Pfandsache, so braucht er sie nicht herauszugeben. Ebenso, wenn er an Urkunden, die er nach § 402 herausgeben müsste, ein Interesse hat, z. B. wenn diese Geschäftsgeheimnisse enthalten, so kann er sie behalten.

5) Mit Recht macht Weissbart darauf aufmerksam, dass die Vorschrift nicht etwa dazu dienen soll, dem Gläubiger die Möglichkeit zu bieten, sich Vorteile zu verschaffen. Diese zwei Dinge müssen stets streng auseinandergehalten werden.

6) Die Pflichten zur Auskunfterteilung, zur Herausgabe der Beweisurkunden, zur Abtretungserklärung stellen an sich im allgemeinen keine Benachteiligung des Gläubigers dar. Er muss sich ihnen also unterziehen.

7) „Erfüllt der Dritte nur einen Teil der Schuld, so geht die Forderung zwar zu diesem Teil auf ihn über, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen des Übergangs vorliegen, aber die Restforderung des Gläubigers hat den Vorzug vor dem auf den Befriedigenden übergegangenen Teil der Forderung, z. B. im Konkurs". (Dernburg II 1, S. 327). Die ganze Frage ist eingehend behandelt bei Weissbart, (§ 19, S. 52—58). Dieser fasst die Summe der in dem behandelten Satze enthaltenen Gedanken so zusammen:

„Der Gläubiger kann nur dann die Übertragung als ihm gegenüber nicht bestehend ansehen, wenn ihm offensichtliche, vermögensrechtliche Schädigungen drohen." —

Bisher haben wir nur die Möglichkeit berücksichtigt, dass der Erlös die Forderung übersteigt. Ein andrer Fall ist noch möglich, nämlich dass der Erlös nicht einmal die Höhe der Forderung des betreibenden Pfandgläubigers erreicht oder ihr gerade gleichkommt. Im ersten Fall behält er in Höhe des verbleibenden Restes eine Forderung gegen den Schuldner, im zweiten erlischt sie. Die nachstehenden Berechtigten sind ihrer Rechte verlustig gegangen, während die vorgehenden natürlich wieder zuerst berücksichtigt werden müssen.

§ 6. Wirkung einer Verschuldung des Pfandgläubigers.

Bei der Erörterung des rechtmässigen Verkaufs gedachten wir auch des § 1243 Abs. 2. (Oben S. 23.) Es handelt sich hier um die Verletzung anderer Vorschriften über den Pfandverkauf als jener, die ihn nach Abs. 1 desselben Paragraphen zu einem unrechtmässigen machen. Jene dort in Bezug genommenen Vorschriften treffen keine

wichtigen Punkte hinsichtlich des Pfandverkaufs. Deshalb hat das Gesetz auf ihre Beachtung keinen grossen Nachdruck gelegt; ihre Verletzung übt keine nachteilige Wirkung auf das zustande gekommene Geschäft aus, selbst wenn der Käufer die Verletzung der Vorschriften kennt; es bleibt daher bei den Folgen des § 1242, der Käufer erwirbt das Eigentum an der Sache. Es ergeben sich bei einem derartigen Verkauf nur obligatorische Verpflichtungen unter den Beteiligten. Um der Nachlässigkeit des Pfandgläubigers nicht Thür und Thor zu öffnen, trifft ihn die Pflicht, vorkommenden Falls Schadensersatz zu leisten, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt.

Über die Art dieser Verschuldung stehen sich zwei Meinungen gegenüber; Kober (§ 1243 Anm. 2) und andere verweisen für sie auf die §§ 276 ff., die die Haftung des Schuldners bei einem Schuldverhältnis behandeln. Andrer Ansicht ist Endemann, der sich so äussert: „Die Beurteilung, ob ein Verschulden vorliegt, hängt von dem Masse der nach Lage der konkreten Verhältnisse vom Pfandgläubiger zu beobachtenden Sorgfalt ab. Dabei ist aber festzuhalten, dass er sich dem Eigentümer gegenüber nicht in der Stellung eines Schuldners befindet, der in dessen Auftrag und zu dessen Nutzen den Verkauf zu betreiben hätte. Der Pfandgläubiger übt das Veräusserungsrecht aus, wie es seinen Interessen entspricht. Das gewährt ihm sein dingliches Recht. Nur gegen Treu und Glauben darf er nicht verstossen. Einen Anhalt für die Beurteilung seines Verhaltens geben die dispositiven Verkaufsnormen des Gesetzes.“ (S. 556 § 140 Ziff. 1).

Prüft man diese Erörterung näher, so ergiebt sich, dass Endemann anfangs dem Gläubiger einen sehr erweiterten Schutz zuzuweisen scheint, den er dann zuletzt wieder auf das gewöhnliche Mass zurückführt. Praktisch gelangt er nämlich doch immer zu demselben Resultat wie die andere Meinung. Dies deshalb, weil eine recht enge Auslegung des Begriffs „Verschulden“ (Endemann) doch

gegen Treu und Glauben verstossen wird, weil ja die Verkaufsvorschriften des B. G. B. den Zweck haben, den Eigentümer möglichst zu schonen. —

B. Die dinglichen Wirkungen des unrechtmässigen Pfandverkaufs.

§ 7. Eintritt des Eigentumsüberganges.

Der § 1243 Abs. 1 hat uns gezeigt, welche Umstände einen Pfandverkauf als unrechtmässig erscheinen lassen. § 1244[1] zeigt nun — allerdings in gedrängtester Kürze —, welches die Folgen eines solchen Verkaufs sind. Schon oben (S. 24) bei der Besprechung des unrechtmässigen Verkaufs haben wir bemerkt, dass bezüglich der Wirkungen diesem ein Pfandverkauf gleichsteht, welcher vollzogen ist, ohne dass dem Veräusserer ein gültiges Pfandrecht zusteht.

Der Zweck des Pfandverkaufs macht eine Ausdehnung des Schutzes des guten Glaubens über die gewöhnliche Grenze hinaus erforderlich. Einmal ist zu beachten, dass der Pfandgläubiger, der ja aus eigenem Recht verkauft, nie eine eigne Sache verkauft; dass trotzdem Eigentum übergeht, ist schon bei dem rechtmässigen Verkauf in die Erscheinung getreten (§ 1242). Es würde nach allgemeinen Regeln der Ersteher die Pflicht zur Prüfung haben, nicht nur, ob der Veräusserer Vollmacht hatte, ob kein Zwang oder Irrtum mitspielte, sondern auch, ob dem Veräusserer wirklich das dingliche Veräusserungsrecht, welches er sich beilegt, zusteht. Wie indessen beim gewöhnlichen Eigentumsübergang der gute Glaube des Erwerbers über das

---

[1]) „Wird eine Sache als Pfand veräussert, ohne dass dem Veräusserer ein Pfandrecht zusteht oder den Erfordernissen genügt wird, von denen die Rechtmässigkeit der Veräusserung abhängt, so finden die Vorschriften der §§ 932—934, 936 entsprechende Anwendung, wenn die Veräusserung nach § 1233 Abs. 2 erfolgt ist oder die Vorschriften des § 1235 oder des § 1240 Abs. 2 beobachtet worden sind."

Eigentum des Veräusserers bis zum Beweise des Gegenteils angenommen wird, so erstreckt sich beim Pfandverkauf derselbe weiter auf diese zwei Thatsachen: 1) das Vorliegen eines Pfandrechts; 2) die Rechtmässigkeit des Pfandverkaufs. Diese starke Erweiterung des Schutzes des guten Glaubens ist mit Vorbedacht in das B. G. B. aufgenommen und entbehrt nicht der Berechtigung. Womit ist eine solche Ausdehnung des allgemeinen Prinzips zu erklären? „Ähnliche Gründe, wie diejenigen, welche dafür sprechen, dem Erwerber die Gefahr der Prüfung abzunehmen, ob sein Veräusserer Eigentümer der Sache sei (§ 932), sprechen für eine gleichartige Begünstigung des von dem Pfandgläubiger Erwerbenden in Ansehung der Prüfung der Frage, ob dem Veräusserer das dingliche Veräusserungsrecht, welches derselbe sich beilegt, zusteht. Ohne eine solche Erweiterung des Schutzes des guten Glaubens würde das Ergebnis des Pfandverkaufs zum Nachteil sowohl des Gläubigers als des Eigentümers durch die Ungewissheit des Erwerbes ungünstig beeinflusst werden.“ (Motive S. 832.)

Indessen sind neben dem Schutze des guten Glaubens für den Eintritt der dinglichen Wirkungen beim unrechtmässigen Pfandverkauf, die wir unten kennen lernen werden, vom Gesetze einige wichtige Voraussetzungen aufgestellt. Es muss nämlich einer der folgenden Fälle vorliegen:

1. Die Veräusserung erfolgte nach § 1233 Abs. 2, d. h. auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels gegen den Eigentümer gemäss § 814 ff. C. P. O., oder

2. die Vorschriften des § 1235 sind beobachtet, d. h. a) es fand öffentliche Versteigerung statt oder b) freihändiger Verkauf bei markt- und börsengängigen Waren durch eine befugte Person, oder

3. es fand freihändiger Verkauf von Gold- und Silbersachen durch eine befugte Person zu einem den Gold- oder Silberwert erreichenden Preise statt, weil das erste Mal kein genügendes Gebot abgegeben worden ist. (§ 1240 Abs. 2.)

Hinsichtlich dieser Voraussetzungen wird der gute Glaube des Pfandgläubigers nicht geschützt, denn „ob diesen prozessualischen und zivilrechtlichen Vorschriften genügt ist, kann leicht von dem Erwerber geprüft und festgestellt werden.“ (Motive S. 832.) Anders dagegen steht es mit dem Vorliegen des rechtsgültigen Pfandrechts und der Rechtmässigkeit des Verkaufs, weshalb hier der Schutz des guten Glaubens eingreift, derart, dass eine vom Verkäufer (Pfandgläubiger) behauptete mala fides des Erwerbers von dem Verkäufer zu beweisen ist. (Anders bei Vereinbarung eines abweichenden Verkaufsmodus, §§ 1245 und 1246, s. unten S. 58 u. 64. —

§ 1244 sieht nun für die Fälle unrechtmässigen Verkaufs und mangelnden Pfandrechts des Verkäufers entsprechende Anwendung der §§ 932—934, 936 vor. Was bedeutet das? Diese zitierten Paragraphen behandeln den Eigentumsübergang bei Veräusserung durch einen Nichteigentümer. Die Hauptregel, in § 932 ausgesprochen, geht dahin, dass der Erwerber Eigentum erwirbt, wenn er im guten Glauben ist.[1]) Abs. 2 giebt die bekannte Definition der Bösgläubigkeit. Auf unsern Fall übertragen wird sie lauten: „Der Erwerber des Pfandes erwirbt das Eigentum trotz der genannten Mängel, es sei denn, dass ihm das Nichtbestehen des Pfandrechts des Veräusserers oder die Unrechtmässigkeit der Veräusserung bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist.“ (Biermann, § 1244 S. 279).

Darnach tritt in den Fällen, die analog §§ 932—4[2]) zu behandeln sind, bei Vorliegen des guten Glaubens des Pfandkäufers Eigentumsübergang ein. Aus dem bisher Gesagten ergiebt sich folgendes System:

1) Voraussetzung für die Anwendung der §§ 932—934 ist die alternative Anwendung der betreffenden prozessualen

---

[1]) §§ 933, 934 behandeln Besonderheiten bezüglich des Zeitpunktes des Eigentumsübergangs.

[2]) § 936 findet unten im § 8 seine Besprechung.

und zivilrechtlichen Vorschriften (§§ 1233 Abs. 2, 1235, 1240 Abs. 2).

2. Ist diese Voraussetzung gegeben, so ist zu unterscheiden a) der gute Glaube, b) der böse Glaube des Erwerbers.

Nur wenn 1 und 2 gleichzeitig vorhanden sind, tritt dingliche Wirkung ein. Der Pfandkäufer erwirbt das unanfechtbare Eigentum an der Pfandsache. —

An dieser Stelle ist die Frage zu erörtern: wie steht es mit gestohlenen, verlorenen oder sonst abhanden gekommenen Sachen? Der Wortlaut des § 1244 zeigt, dass die Anwendung des § 935 mit Vorbedacht ausgeschlossen ist. Zu dieser Auslassung enthalten die Motive einen Kommentar, der als entschieden verkehrt bekämpft werden muss. Es heisst dort nämlich: (S. 832) Die in § 935 Abs. 2 ausgesprochene Vorschrift komme auch hier zur Anwendung. Das ist unrichtig. Und zwar deshalb, weil die Anwendung des § 935, 2 überhaupt nicht im Zusammenhang mit dem Pfandverkauf nach § 1244 steht. Hier ist die Rede von einem Verkauf des Pfandgläubigers, also eines solchen, der sich gar nicht als Eigentümer aufspielt, sondern nur eine Verfügungsmacht behauptet. Beim § 935, 1 aber handelt es sich darum, dass man kein Eigentum an gestohlenen u. s. w. Sachen erwirbt, auch wenn man nicht weiss, dass der Veräusserer nicht Eigentümer ist, d. h. wenn man den Veräusserer für den Eigentümer hält. Nur bei Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung erworben werden, gilt diese Regel wiederum nicht. Folglich: Weil im § 935 vom Schutz des guten Glaubens an das Eigentum, im § 1244 vom Schutz des guten Glaubens an die Veräusserungsmacht gehandelt wird, ist es unzulässig, den einen mit dem andern zusammenzubringen. Das Resultat, das die Motive enthalten, nämlich Eigentumserwerb an gestohlenen u. s. w. Sachen bei öffentlicher Versteigerung und in gewissen Fällen bei freihändigem Verkauf eines Pfandes kommt vielmehr auf anderem Wege zustande. Der § 935 kommt gar nicht in Frage. Nun aber sind die

§§ 932—934 für entsprechend anwendbar erklärt, d. h. der Schutz des guten Glaubens wird hier allgemein auf den Glauben an die Veräusserungsmacht ausgedehnt. Der Umstand, dass es sich um gestohlene etc. Sachen handelt, kommt also hinsichtlich des Eigentumserwerbes nach § 1244 überhaupt nicht in Frage. Fassen wir also das Resultat zusammen. Die Fortlassung des § 935 bedeutet nicht eine Ausdehnung seiner Anwendbarkeit, wie die Motive sie deuten, sondern die einzige richtige Erklärung ist es, ihn für § 1244 als einfach nicht vorhanden anzusehen, demnach sich auf die §§ 932—934 zu beschränken. Die Motive dehnen gleichzeitig den im § 1244 für bestimmte Fälle gegebenen erweiterten Schutz des guten Glaubens auf einen Fall aus (§ 935), der absichtlich nicht erwähnt ist. Das ist ihr Fehler. —

Hier sei es gestattet, auf eine allgemeine Regel hinzuweisen, die sich aus § 935 Abs. 2 und § 1244 zusammengenommen ergiebt: Bei dem Verkauf von gestohlenen etc. Sachen im Wege der öffentlichen Versteigerung wird an diesen immer Eigentum erworben, guter Glaube vorausgesetzt, wobei dieser selbst aber verschiedenen Inhalts ist, indem er sich einmal auf den Glauben an das Eigentum, das andre Mal nur auf den Glauben an das Bestehen des Pfandrechts (bezw. die Erfüllung der Erfordernisse des Pfandverkaufs) bezieht. —

Sind nun zwar die ganzen Ausführungen der Motive zu verwerfen, so soll doch noch auf einen andern Fehler hingewiesen werden, den sie, von ihrem Standpunkte aus, machen. Es heisst a. a. O: „Diese Rechtsfolge (des Eigentumsübergangs nach § 935 Abs. 2) wird hier auch auf den Fall ausgedehnt, dass gestohlene u. s. w. Gold- oder Silbersachen nach § 1240 Abs. 2 verkauft werden.“ Richtig ist es ja, dass es sich in diesem Paragraphen um einen freihändigen Verkauf handelt. Im § 1244 ist aber auch die Anwendung des § 1235 als möglich (oder gar notwendig) erwähnt. In dessen Abs. 2, der auf § 1221 hinweist, wird auch der freihändige Verkauf zugelassen (nämlich bei allen

markt- und börsengängigen Waren). Es scheint mir somit eine nicht gerechtfertigte Einschränkung vorzuliegen, wenn die Motive eine Bedeutung der Auslassung des § 935 auch von ihrem Standpunkt aus nur bei dem Verkauf von Gold- oder Silbersachen erblicken. Gemeint haben sie vielleicht das Richtige, dass nicht jeder beliebige freihändige Pfandverkauf in Betracht käme, sondern nur die ausdrücklich zugelassenen Fälle eines solchen. —

§ 8. Rechte Dritter an der Pfandsache.

Wenn die Pfandsache in das Eigentum des Erwerbers übergeht, so bedarf noch der Feststellung, was aus den an ihr bestehenden Rechten Dritter wird. § 1244 verweist uns auf § 936. Daraus ergiebt sich, dass ein beliebiges Recht an der Sache, immer guten Glauben vorausgesetzt, erlischt. Eine Vergleichung mit § 1242 zeigt uns nun folgendes Bild: Der Gesetzgeber hat die Wirkung des unrechtmässigen Verkaufs beim Vorliegen gewisser Voraussetzungen der des rechtmässigen möglichst gleichzustellen getrachtet. Darum hat wohl Biermann das Richtige getroffen, wenn er § 936 für andere dingliche Rechte[1]) heranziehen will, beim Vorliegen von Pfandrechten oder eines nicht allen Pfandrechten vorgehenden Niessbrauchs den § 1242 Abs. 2, der ja, wie wir gesehen haben, über den § 936 hinausgeht, für anwendbar erklärt, d. h. sie erlöschen, auch wenn sie dem Erwerber bekannt sind. „Allerdings“, so führt er aus, (§ 1244 S. 279), „sagt dies der Paragraph nicht ausdrücklich, sein Wortlaut spricht aber auch nicht gegen die Anwendung des § 1242 Abs. 2, und der dem § 1244 zu Grunde liegende Gedanke ist doch wohl der, den guten Glauben des Erwerbers in dem

[1]) Es kann sich auch hier nur um einen vorgehenden Niessbrauch handeln; die Anwendung des § 936 ist dann also auch nichts anderes als die Anwendung des § 1242 Abs. 2. (Vgl. S. 36 N. 1. Kaufmännisches Retentionsrecht).

Sinne zu schützen, als wäre der Inhalt seines guten Glaubens Wahrheit. Der gute Glaube des Erwerbers aber geht dahin, Eigentum durch Pfandveräusserung erworben zu haben, also auch mit der Wirkung des § 1242 Abs. 2“[1]).

Mir scheint diese Argumentation durchschlagend zu sein. Liegen alle Voraussetzungen vor, so erlangt der Erwerber das Eigentum, also insofern ebenso wie in § 1242 Abs. 1. Steht also die Tendenz dahin, hinsichtlich des Eigentumsübergangs beide Fälle einander gleichzustellen, so muss man sagen, dass doch hinsichtlich des minus, d. h. der betreffenden Rechte dasselbe gelten muss, wenn sich nicht ausdrücklich Hindernisse dem entgegenstellen.

Es ergiebt sich also, dass auch hier alle Pfand- und Niessbrauchsrechte mit Ausnahme des allen vorgehenden Niessbrauchs erlöschen. Indessen wäre es unbillig, wenn die Berechtigten ohne Entschädigung ihrer Rechte verlustig gingen infolge eines Verkaufs, der noch dazu unrechtmässig war. Um diese vor Schaden zu bewahren, steht ihnen der § 823 zur Seite, welcher ihnen einen Schadensersatzanspruch gegen den veräussernden Pfandgläubiger gewährt Damit ist nicht gesagt, dass sie keine Rechte am Erlöse hätten; immerhin ist aber möglich, dass sie, z. B. wenn kein Überschuss erzielt ist, Schaden erleiden.

§ 9. Der Erlös.

Welches sind die Rechtsverhältnisse am Erlöse bei unrechtmässigem Verkauf und eingetretenem Eigentumsübergang? Es ist richtig, dass § 1247 nur den Fall der rechtmässigen Veräusserung im Auge gehabt haben mag, wie Biermann bemerkt. Die bereits öfters erwähnte Gleichstellung des Erfolgs des rechtmässigen und unrechtmässigen Pfandverkaufs wird man auch hier unbedenklich gelten lassen dürfen. Die eine Folge, der Eigentumsübergang,

[1]) Dieselbe Ansicht vertreten Stobbe-Lehmann S. 351; Kober 1241 Bem. 2 b α und Meissner, § 1244 Bem. 1.

muss hier die andre nach sich ziehen, dass dem Pfandgläubiger der Erlös aus dem Pfande zu seiner Befriedigung gebührt. Deshalb ist es erforderlich anzunehmen, der Pfandgläubiger erwerbe das Eigentum am Erlöse in Höhe seiner Forderung, nicht etwa nur ein Pfandrecht daran; es wäre nämlich sonst nicht bestimmbar, wann der Zeitpunkt der Fälligkeit herangekommen sei. Deshalb hat Biermann Recht, wenn er meint, dieser Erwerb des Pfandrechts am Erlöse sei nur vorliegend, wenn entgegen § 1228,2 vor Eintritt der Fälligkeit verkauft sei (§ 1247 S. 282). Dann ist jener eben mit der Fälligkeit der ursprünglichen Forderung gegeben[1]). Aus dem angegebenen Grunde ist die gegenteilige Ansicht Stobbe-Lehmanns (S. 349) und Kobers (§ 1247 Bem. 1. b a), dass der Verpfänder das Eigentum, der Gläubiger ein Pfandrecht am Erlöse erlange, zu verwerfen. — Ein Schadensersatzanspruch steht dem Verpfänder, der durch die Unrechtmässigkeit des Verkaufs gelitten hat, nach allgemeinen Grundsätzen zu. — Die Rechte Dritter leben am Erlös, wenn ein Ueberschuss erzielt ist, wieder auf wie beim rechtmässigen Verkauf. Hinsichtlich dieses Ueberschusses, nämlich der Frage von dem Miteigentum der Verwahrungspflicht, der Haftung des Gerichtsvollziehers gilt konsequenterweise in allen Punkten gleiches wie beim rechtmässigen Verkauf. —

§ 10. Nichteintritt des Eigentumsübergangs.

Wir gelangen nunmehr zur zweiten Gruppe von Fällen, die durch die Verschiedenartigkeit des Pfandverkaufs ermöglicht sind. Sie steht in Frage

---

[1]) An Geld kann ein Pfandrecht bestellt werden. Es findet aber naturgemäss kein Verkauf statt, sondern der Gläubiger kann sich nach der Fälligkeit ohne Weiteres aus ihm befriedigen. Eine entsprechende Vorschrift ist als überflüssig im Gesetz nicht aufgenommen worden. Der I. Entwurf (§ 1168) enthielt sie. (Vgl. Prot. 229 V. S. 4212—4217 und Biermann § 1229 Bem. 2).

1) wenn zwar die Vorschriften der §§ 1233 Abs. 2, 1235 oder § 1240 Abs. 2 beobachtet sind und demgemäss auf Grund von § 1244 die §§ 932—934, 936 entsprechende Anwendung finden, aber der gute Glaube des Pfandkäufers bezüglich des Pfandrechts oder der Rechtmässigkeit des Verkaufs fehlt;

2) wenn die zitierten §§ nicht angewendet wurden, d. h. um ein Beispiel zu geben, wenn der Verkauf, ohne dass die besonderen dazu erforderlichen Eigentümlichkeiten vorlagen, freihändig stattgefunden hat (Verletzung des § 1235 Abs. 1); der böse oder der gute Glaube des Erwerbers spielt dann bezüglich des Eigentumsüberganges keine Rolle.

Das Wesentliche dieses Verkaufs ist, dass er keine dingliche Wirkung hat, m. a. W., der Erwerber erlangt nicht das Eigentum an der verkauften Sache, vielmehr verbleibt dies dem bisherigen Eigentümer. Selbstverständlich bleiben Rechte Dritter ebenfalls unberührt an der Sache bestehen, der Pfandgläubiger haftet seinerseits dem Käufer aber nach allgemeinen Grundsätzen wegen Nichterfüllung, da ja immerhin ein Verkauf vorliegt. Der Erwerber kann gegen Rückgabe der Pfandsache Rückgabe seines Kaufpreises verlangen. Alle andern Beteiligten, die infolge des unrechtmässigen Verkaufs zu Schaden gekommen sind, haben einen Ersatzanspruch gegen den Pfandgläubiger.

Der Eigentümer (in der Regel der Verpfänder) kann sein Eigentum dem Erwerber gegenüber geltend machen. Alsdann erhält der Pfandgläubiger vom Erwerber die Sache zurück, erstattet den Kaufpreis dem Erwerber wieder und muss dem Eigentümer einen etwaigen Schaden ersetzen, z. B. wenn die Sache beim Erwerber beschädigt ist und von diesem Ansteigerer wegen Zahlungsunfähigkeit kein Ersatz erlangt werden kann. (Vgl. unten S. 69).

Falls kein Eigentum übergeht, geht, wie gesagt, weder das Pfandrecht des verkaufenden Pfandgläubigers noch irgend ein anderes Recht unter, sondern diese bestehen

muss hier die andre nach sich ziehen, dass dem Pfandgläubiger der Erlös aus dem Pfande zu seiner Befriedigung gebührt. Deshalb ist es erforderlich anzunehmen, der Pfandgläubiger erwerbe das Eigentum am Erlöse in Höhe seiner Forderung, nicht etwa nur ein Pfandrecht daran; es wäre nämlich sonst nicht bestimmbar, wann der Zeitpunkt der Fälligkeit herangekommen sei. Deshalb hat Biermann Recht, wenn er meint, dieser Erwerb des Pfandrechts am Erlöse sei nur vorliegend, wenn entgegen § 1228,2 vor Eintritt der Fälligkeit verkauft sei (§ 1247 S. 282). Dann ist jener eben mit der Fälligkeit der ursprünglichen Forderung gegeben [1]). Aus dem angegebenen Grunde ist die gegenteilige Ansicht Stobbe-Lehmanns (S. 349) und Kobers (§ 1247 Bem. 1. b a), dass der Verpfänder das Eigentum, der Gläubiger ein Pfandrecht am Erlöse erlange, zu verwerfen. — Ein Schadensersatzanspruch steht dem Verpfänder, der durch die Unrechtmässigkeit des Verkaufs gelitten hat, nach allgemeinen Grundsätzen zu. — Die Rechte Dritter leben am Erlös, wenn ein Ueberschuss erzielt ist, wieder auf wie beim rechtmässigen Verkauf. Hinsichtlich dieses Ueberschusses, nämlich der Frage von dem Miteigentum der Verwahrungspflicht, der Haftung des Gerichtsvollziehers gilt konsequenterweise in allen Punkten gleiches wie beim rechtmässigen Verkauf. —

§ 10. Nichteintritt des Eigentumsübergangs.

Wir gelangen nunmehr zur zweiten Gruppe von Fällen, die durch die Verschiedenartigkeit des Pfandverkaufs ermöglicht sind. Sie steht in Frage

---

[1]) An Geld kann ein Pfandrecht bestellt werden. Es findet aber naturgemäss kein Verkauf statt, sondern der Gläubiger kann sich nach der Fälligkeit ohne Weiteres aus ihm befriedigen. Eine entsprechende Vorschrift ist als überflüssig im Gesetz nicht aufgenommen worden. Der I. Entwurf (§ 1168) enthielt sie. (Vgl. Prot. 229 V. S. 4212—4217 und Biermann § 1229 Bem. 2).

1) wenn zwar die Vorschriften der §§ 1233 Abs. 2, 1235 oder § 1240 Abs. 2 beobachtet sind und demgemäss auf Grund von § 1244 die §§ 932—934, 936 entsprechende Anwendung finden, aber der gute Glaube des Pfandkäufers bezüglich des Pfandrechts oder der Rechtmässigkeit des Verkaufs fehlt;

2) wenn die zitierten §§ nicht angewendet wurden, d. h. um ein Beispiel zu geben, wenn der Verkauf, ohne dass die besonderen dazu erforderlichen Eigentümlichkeiten vorlagen, freihändig stattgefunden hat (Verletzung des § 1235 Abs. 1); der böse oder der gute Glaube des Erwerbers spielt dann bezüglich des Eigentumsüberganges keine Rolle.

Das Wesentliche dieses Verkaufs ist, dass er keine dingliche Wirkung hat, m. a. W., der Erwerber erlangt nicht das Eigentum an der verkauften Sache, vielmehr verbleibt dies dem bisherigen Eigentümer. Selbstverständlich bleiben Rechte Dritter ebenfalls unberührt an der Sache bestehen, der Pfandgläubiger haftet seinerseits dem Käufer aber nach allgemeinen Grundsätzen wegen Nichterfüllung, da ja immerhin ein Verkauf vorliegt. Der Erwerber kann gegen Rückgabe der Pfandsache Rückgabe seines Kaufpreises verlangen. Alle andern Beteiligten, die infolge des unrechtmässigen Verkaufs zu Schaden gekommen sind, haben einen Ersatzanspruch gegen den Pfandgläubiger.

Der Eigentümer (in der Regel der Verpfänder) kann sein Eigentum dem Erwerber gegenüber geltend machen. Alsdann erhält der Pfandgläubiger vom Erwerber die Sache zurück, erstattet den Kaufpreis dem Erwerber wieder und muss dem Eigentümer einen etwaigen Schaden ersetzen, z. B. wenn die Sache beim Erwerber beschädigt ist und von diesem Ansteigerer wegen Zahlungsunfähigkeit kein Ersatz erlangt werden kann. (Vgl. unten S. 69).

Falls kein Eigentum übergeht, geht, wie gesagt, weder das Pfandrecht des verkaufenden Pfandgläubigers noch irgend ein anderes Recht unter, sondern diese bestehen

an der Pfandsache fort; es entsteht daher auch kein Interesse irgend eines dinglich Berechtigten an dem Erlöse. Der Pfandgläubiger erwirbt das Eigentum an ihm nach allgemeinen Grundsätzen; er haftet aber dem Erwerber, wie oben ausgeführt, in Höhe des Kaufpreises bei Rückgängigmachung, oder wegen ungerechtfertigter Bereicherung, falls dem Erwerber die Sache evinziert wird. (Vgl. freilich § $818_{,3}$. „Die Verpflichtung zur Herausgabe ist ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist.“)

Eine andere Ansicht vertritt Lehmann (Bürgerl. Recht S. 220), der meint: Erlangte der Pfandgläubiger im vorliegenden Fall Alleineigentum, so ständen ja die übrigen Berechtigten noch schlechter da, „wenn entweder der Ersteher unerreichbar ist oder die Sache an einen gutgläubigen Erwerber weiter veräussert hat“. Deshalb sollen die betreffenden Rechte auch am Pfanderlöse bestehen, so dass sie gleichzeitig an der Pfandsache bestehen bleiben und zunächst also zwei Pfandobjekte vorhanden sind. — Abgesehen davon, dass es doch in ungezählten Fällen vorkommt, dass, gerade in Folge des Systems des guten Glaubens im B. G. B., ein Teil zu Schaden kommt, so führt auch sonst Lehmanns Meinung zu verkehrten Resultaten; es könnten nämlich, umgekehrt, die dinglich Berechtigten jetzt viel besser stehen, da sie sich ja bis zum Betrage ihrer Forderungen nun an beide Pfänder halten könnten, eine Folge, deren Nichtberechtigung und Nichtgewolltheit klar zu Tage tritt.

C. Die dinglichen Wirkungen abweichender Pfandverkaufsarten.

§ 11. a. Verkauf auf Grund einer Vereinbarung.

Zweckmässigkeitsgründe haben Veranlassung gegeben, die Vorschriften der §§ 1234—1240 über den Privatverkauf nicht zum zwingenden Recht zu erheben. Vielmehr ge-

statten die §§ 1245, 1246 Abweichungen, die grade infolge ihrer Wirkungen für unsere Untersuchung von grossem Belang sind.

Zunächst können nach Abs. 1 des § 1245 „der Eigentümer und der Pfandgläubiger eine von den Vorschriften der §§ 1234—1240 abweichende Art des Pfandverkaufs vereinbaren. Steht einem Dritten an dem Pfande ein Recht zu, das durch die Veräusserung erlischt, so ist die Zustimmung des Dritten erforderlich." Eine derartige Vereinbarung zwischen Eigentümer und Pfandgläubiger ist dinglicher Natur, wirkt also auch gegen die Rechtsnachfolger[1]).

Der zweite Satz bezieht sich auf diejenigen Rechte, die durch die Veräusserung erlöschen, also die im § 1242 Abs. 2 genannten Pfandrechte und den nicht vorgehenden Niessbrauch; dagegen ist die Zustimmung des allen Pfandrechten vorgehenden Niessbrauchers nicht erforderlich, denn für das Erlöschen des Rechts eines solchen kommen die Vorschriften über guten Glauben gemäss § 936 B. G. B. in Betracht.[2])

Über die Wirkungen eines Verkaufs auf Grund einer derartigen dinglichen Vereinbarung ist folgendes zu bemerken:

1) Erfolgt der Verkauf nach den allgemeinen Vorschriften, (§§ 1234—1240), jedoch mit der durch die Vereinbarung erfolgten Modifizierung, so liegt ein rechtmässiger Verkauf vor. Die Wirkung ist also die des § 1242. Ein Verstoss mit Verschulden des Gläubigers gemäss § 1243, Abs. 2 (z. B. gegen § 1237 S. 2) macht natürlich auch hier schadensersatzpflichtig.

---

[1]) Dies ergiebt sich daraus, dass die Zustimmung von dinglich Berechtigten gefordert wird. (Motive S. 828 und Biermann § 1245, Bem. 1. S. 280).

[2]) Bei Verweigerung der Zustimmung bleibt nicht etwa das Recht des Dritten oder der Verkauf bestehen, sondern ein etwa vorgenommener Verkauf gilt als völlig nichtig.

2) Die Parteien haben über einen Punkt eine Vereinbarung getroffen, gegen die aber verstossen wurde. Dadurch verliert der Verkauf seine Rechtmässigkeit und wird zu einem „unrechtmässigen", doch nicht etwa im Sinne von §§ 1243, 1244; wir wollen ihn daher der Klarheit halber einen „ungehörigen" nennen. Es fragt sich nun, welches sind die Folgen dieses „ungehörigen" Verkaufs?

An sich sind hierauf zwei Antworten denkbar. Die erste bestände darin, dass man sagt: Der § 1245 bildet nur eine Ausnahme von den Vorschriften über die Art des Pfandverkaufs (d. h. §§ 1234—1240). Über die Wirkung bestimmt er nichts, man kann deshalb § 1244 analog anwenden, d. h. man lässt hier auch Eigentum übergehen, indem man den weitgehenden Schutz des guten Glaubens auf § 1245 ausdehnt; m. a. W.: Der Erwerber erlangt das Eigentum, wenn er ohne grobe Fahrlässigkeit annahm, dass die Art und Weise, in welcher sich der Pfandverkauf vollzog, mit der zwischen Eigentümer und Pfandgläubiger getroffenen Vereinbarung übereinstimme. Diese Auffassung ist nicht als richtig anzuerkennen, es ist vielmehr aus der Stellung des § zu entnehmen, dass hier der Schutz des guten Glaubens nicht stattfinde. Darauf lässt auch der von § 1244 vollkommen unabhängige Wortlaut des § 1245 schliessen. Ebenso äussern sich auch die Motive (S. 832) bei Erörterung des § 1244 (I 1182): „Verkauft der Gläubiger in andrer Weise, indem er auf eine nach § 1177 (I) (§ 1245 B. G. B.) zu beurteilende Vereinbarung eines abweichenden Verkaufsmodus (oder auf eine nach § 1178 I (§ 1246 B. G. B.) ergangene richterliche Anordnung) sich stützt, so bleibt es Sache des Erwerbers, sich zu vergewissern, dass dem Veräusserer diejenigen Rechte zustehen, welche zur rechtsgeschäftlichen Wirksamkeit der Veräusserung erforderlich sind." Demnach geht bei einem Verstoss gegen die Vereinbarung Eigentum nicht über, gleichviel ob der Erwerber ihn kennt oder nicht. Wenn man die §§ 1234—1240 durchsieht, so wird man finden, dass es sich bei einer

Vereinbarung in praxi wohl meistens um die Nichtabhaltung einer öffentlichen Versteigerung handeln wird. Die von uns gezogene Folgerung entspricht also auch unsrer Auffassung, nach der ja bei der öffentlichen Versteigerung nach Möglichkeit Eigentum übergehen soll, wozu jedoch bei dem freihändigem Verkauf keine Veranlassung vorliegt. — Wenn übrigens, was ja denkbar, der Erwerber überhaupt nichts von dem Pfandrecht hört oder weiss, so kann einfach Eigentum nach §§ 932 ff. übergehen, wenn er den Veräusserer (Gläubiger) für den Eigentümer hält.

3) Es ist des weiteren ein anderer Fall zu prüfen. Das Vorige bezog sich gewissermassen auf die Punkte, von denen es in § 1244 heisst, sie sind „Erfordernisse, von denen die Rechtmässigkeit abhängt.“ Nun ist aber noch folgendes denkbar:

Es erfolgt eine Vereinbarung, diese sowohl wie die übrigen Verkaufsvorschriften werden innegehalten, aber es steht dem Veräusserer überhaupt kein Pfandrecht zu. Auch hier, vielleicht noch mehr als im vorigen Fall, könnte man dahin neigen, diesem Mangel durch den Schutz des gutgläubigen Erwerbers nicht nachteilige Folgen zu Teil werden zu lassen, ihn also wie in § 1244 zu behandeln. Auch hier ist das nicht zuzugeben. Die Motive stehen zwar auf diesem Standpunkt, indem sie a. a. O. fortfahren: „nur dass auch hier der Mangel, welcher im Nichteigentume des Rechtsurhebers des Veräussernden liegt, nicht in Betracht kommen wird.“ Die Fälle, um die es sich handelt, sind die, dass verlorne, gestohlene u. s. w. Sachen auf Grund des Pfandrechts verkauft werden. Wir haben oben (S. 52 bei Erörterung der Fortlassung des § 935 in § 1244) gesehen, dass die Motive den irrtümlichen Standpunkt vertreten, dass der Eigentumsübergang bei gestohlenen u. s. w. Sachen in jedem Falle des Pfandverkaufs auf Grund von § 935 stattfände. Es ist nur eine Konsequenz dieser falschen Auffassung, dass nun auch gemäss § 1245 der Erwerber unabhängig von seinem Glauben im Fall der Vereinbarung das Eigentum an ge-

stohlenen u. s. w. Sachen, selbst bei freihändigem Verkaufe, erlange. Indessen, wie jene Auffassung der Motive falsch war, so natürlich auch diese. Vielmehr liegt die Sache so: Wie oben angeführt, kommen im gewöhnlichen Fall (§ 1244) einfach die §§ 932—934 zur entsprechenden Anwendung; dass diese aber auf den Fall der Vereinbarung ausgedehnt werden dürften, dafür liegt wie zu 2) natürlich kein Anlass vor. Es folgt also, dass im Fall des § 1245 der Erwerber beim Fehlen des Pfandrechts (§ 1207) nie an gestohlenen u. s. w. Sachen Eigentum erlangt, gleichviel, wie sein Glaube sich gestaltet hinsichtlich des Eigentums an den Sachen. — Andre Fälle des fehlenden Pfandrechts, z. B. Erloschensein des Pfandrechts infolge Tilgung der Forderung, stehen natürlich ebensowenig unter irgend welchem Schutz von § 1244, so dass als Ergebnis des Pfandverkaufs nach § 1245 hinsichtlich des Vorliegens eines Pfandrechts dies zu sagen ist: Der Erwerber erlangt das Eigentum nicht schon, wenn er glaubt, dass der Veräusserer ein Pfandrecht hat, sondern nur, wenn ihm das Pfandrecht wirklich zusteht.

4) Vereinbaren die Parteien z. B., dass Zeit und Ort der öffentlichen Versteigerung nicht bekannt gemacht werden sollen (§ 1237 S. 1), sonst aber natürlich die §§ 1234—1240 innegehalten werden sollen und werden dennoch z. B. Gold- oder Silbersachen entgegen § 1240 Abs. 1 unter dem Gold- oder Silberwerte zugeschlagen, so liegt ein unrechtmässiger Verkauf vor, der ganz nach § 1244 zu beurteilen ist. Der Umstand, dass es sich um die besondere Art der Vereinbarung handelt, tritt ganz zurück, es gilt wie ein gewöhnlicher Pfandverkauf nach §§ 1234—1240; ist ja doch nur irgend ein Paragraph (hier 1237 S. 1) durch die (innegehaltene) Vereinbarung ersetzt. Dies werden freilich die in der Praxis seltensten Fälle sein.

5) Der Absatz 2 giebt einige Einschränkungen von dem im Abs. 1 gegebenen Rechte. Danach kann vor dem

Eintritt der Verkaufsberechtigung nicht auf die Beobachtung folgender Vorschriften verzichtet werden.

1) § 1235 d. h. öffentliche Versteigerung bezw. freihändiger Verkauf bei Börsenpreis;
2) 1237 S. 1 = Bekanntmachung von Ort und Zeit der öffentlichen Versteigerung;
3) § 1240 = Bestimmungen über den Verkauf von Gold- und Silbersachen.

Die Motive (S. 829) bemerken hierzu: „Eine Abänderung derjenigen Vorschriften, welche nur obligatorischer Natur sind, zu verbieten, erscheint wenig angemessen. Aber auch von denjenigen Vorschriften, von deren Befolgung die Gültigkeit der Veräusserung abhängt, verdienen nur die Vorschriften der §§ 1235, 1237 S. 1 und 1240 zum ius cogens gemacht zu werden." — Ein Vergleich von § 1243 Abs. 1 mit § 1245 Abs. 2 zeigt, dass in letzterem der § 1230 S. 2 fehlt. Das hat seinen Grund darin, dass aus „einer vertragsmässigen Abweichung von dieser Vorschrift keine besondere Benachteiligung des Eigentümers zu befürchten ist, sie vielmehr unter Umständen, wenn die Gesamtversteigerung der verpfändeten Sachen wegen ihrer Zusammengehörigkeit oder sonstiger Umstände einen höheren Erlös für die einzelnen Objekte erwarten lässt, recht wohl auch im Interesse des Eigentümers liegen kann." —

Wenn ein Verstoss gegen den Absatz 2 vorkommt, so sind 2 Möglichkeiten gegeben, entweder derjenige, der einen Schaden durch sein Verschulden verursacht, ist zum Ersatz desselben zu verurteilen, im übrigen behalten die auf Grund des Vertrags vorgenommenen Handlungen (also zumeist der Verkauf) ihre Gültigkeit, oder der Verzicht auf die Beobachtung jener Vorschriften ist überhaupt nichtig, mithin auch sämtliche daraus folgenden Handlungen. Aus dem Wortlaut („kann nicht") sowohl als aus dem Verhältnis zum 1. Absatz ist zu entnehmen, dass volle Nichtigkeit eines solchen Verzichts und seiner Folgehandlungen eintritt. —

§ 12. b. Verkauf auf Grund besonderer Interessen.

Eine fernere Abweichung findet sich im § 1246. Danach kann eine andere Art des Verkaufs verlangt (nicht nur vereinbart) werden, wenn dies nach billigem Ermessen im Interesse eines der Beteiligten liegt[1]). Dies ist der Fall, „wenn mindestens einer von den Beteiligten Vorteil, keiner aber Nachteil, sondern höchstens Unbequemlichkeiten hat.“ (Biermann § 1246 S. 281). —

Eine Gegenüberstellung dieses Paragraphen mit dem § 1245 lässt eine Erweiterung und eine Einschränkung erkennen:

1) Die in Betracht kommenden Personen sind nicht nur Pfandgläubiger und Eigentümer, sondern alle Beteiligten, also auch der persönliche Schuldner und Dritte Berechtigte[2]).

2) Während nach § 1245 auch eine Vereinbarung abweichend von § 1234 stattfinden kann, ist dieser Paragraph hier ausgenommen. Es hat dies seinen Grund darin, dass das Einlösungsrecht des Eigentümers nicht beeinträchtigt werden soll. —

Bezüglich der Wirkungen eines solchen Verkaufs ist zunächst zu sagen, dass im allgemeinen hier dasselbe gilt wie bei § 1245, wie auch die beiden Paragraphen in den Motiven und sonst stets als eng verbunden betrachtet werden. Die Behandlung über ausserhalb des Interesses liegende Punkte, wie Fehlen eines Pfandrechtes u. s. w., ist hier also ganz die gleiche wie bei § 1245 ausgeführt. Dennoch ist Folgendes zu bemerken:

1) Es handelt sich auch hier wieder im wesentlichen darum, dass an die Stelle der öffentlichen Versteigerung der freihändige Verkauf tritt, oder dass von einzelnen

---

[1]) § 1246 Abs. 2: „Kommt eine Einigung nicht zu stande, so entscheidet das Gericht.“ (§ 166 F. G.).

[2]) In § 1245 kommen sie zwar zwecks ihrer Zustimmung auch in Betracht, aber selbst eine Vereinbarung zu treffen, steht ihnen nicht zu.

Vorschriften (z. B. § 1238) über diese Versteigerung Abstand genommen wird. Zweifelhaft bleibt, wie die Wirkung eines Pfandverkaufs beim Vorliegen von irgend welchen Interessen ist. Zu erforschen ist, ob das Recht aus § 1246 a) obligatorisch oder b) dinglich wirkt.

a) Nehmen wir den Fall, der § 1246 wirke nur obligatorisch, so käme man zu folgendem Ergebnis: Liegt ein Interesse irgend eines Beteiligten vor, es erfolgt jedoch schlankweg ein gewöhnlicher Pfandverkauf, so würde sich dieser nach den §§ 1242—1244 beurteilen. Wegen des entstandenen Schadens hätte der Geschädigte einen Schadensersatzanspruch gegen denjenigen, der gegen sein Interesse gehandelt hat.

b) Der § 1246 giebt dem Interessenten ein Recht, die betreffende Art zu verlangen. Diesem Recht wäre nicht Genüge geschehen, wenn seine Verletzung nur obligatorisch wirken würde. Man stelle sich den Fall in der Praxis vor. Ein nachstehender Pfandgläubiger hat z. B. Interesse am freihändigen Verkauf. Es erfolgt dennoch öffentliche Versteigerung und er wäre, bei nur obligatorischer Auffassung, seiner dinglichen Rechte verlustig gegangen gemäss § 1242. Das kann nicht die Meinung des Gesetzes sein, vielmehr muss man die dingliche Natur des Rechts aus § 1246 annehmen. Ein derartig Interessen verletzender Verkauf wird also wie garnicht geschehen angesehen; er ist nichtig mit allen sich daran knüpfenden Folgen, insonderheit kann der Eigentümer seine Sache vindizieren.

2) Die im Absatz 2 bezeichnete Entscheidung des Gerichts erfolgt im Wege der freiwilligen Gerichtbarkeit. Deshalb wirkt ein derartiger Beschluss nicht nur gegen die unmittelbar selbst Interessierten, sondern auch gegen jeden Dritten.

3) Es fragt sich, ob ein Beteiligter, in Frage kommt wohl zumeist der Gläubiger, verlangen kann, dass mehr Pfänder zum Verkaufe gebracht werden als zur Befriedigung des Gläubigers erforderlich sind entgegen § 1230 S. 2.

Diese Frage steht mit § 1246 nicht in Zusammenhang, denn dieser betrifft nur die in § 1235 — § 1240 geregelte Art des Pfandverkaufs. Wir haben bei Erörterung des § 1230 (S. 22) darauf hingewiesen, dass der § 1230 S. 2 nicht zwingendes Recht ist. (Auch bei § 1245 Mot. S. 829). Ein Recht im Sinne des § 1246 hat der interessierte Beteiligte nicht; es giebt für ihn also nur die Möglichkeit einer Vereinbarung mit dem Eigentümer; kommt diese nicht zustande, so bleibt es bei den Vorschriften von §§ 1242, 1243. Ob eine Schadensersatzpflicht wegen Verschuldens, Verstossens gegen Treu und Glauben oder dgl. vorliegt, wird sich nach dem einzelnen Fall richten. Hier genügt es darauf hinzuweisen, dass die Frage mit § 1246 in keiner Beziehung steht.

4) Der § 1246 spricht von einem Recht des Beteiligten, dies oder jenes zu verlangen. Es liegt also ein Forderungsrecht seinerseits vor. Nun ist zu berücksichtigen, dass man ein solches von zwei Seiten betrachten kann:

a) vom Standpunkt des Berechtigten: er kann das und das verlangen; b) vom Standpunkt des Verpflichteten: er muss das und das leisten. Diese zwei Seiten sind bei jedem Schuldverhältnis gegeben. Damit sie in Wirksamkeit treten, ist nicht ein Eingreifen einer Partei nötig, sondern sie bestehen kraft Gesetzes und müssen demgemäss berücksichtigt werden. Die Forderung entsteht also nicht erst mit der Geltendmachung, sondern bereits vorher vom Moment ihrer Begründung an. Diese Erörterungen sind hier deshalb nötig, weil man aus § 1246 leicht falsche Schlüsse ziehen könnte. Der Wortlaut des § legt nämlich die Annahme nahe, dass er nur in Wirksamkeit träte, wenn wirklich von einer Seite ein Verlangen ausgesprochen würde. Wenn ein solches fehle und es erfolge ein gewöhnlicher Verkauf, so sei es auch gut. Man muss den § 1246 so auffassen, dass mit dem Vorhandensein eines Interesses (Definition s. oben S. 64) der Verkauf nach den Gesichtspunkten des § 1246 stattfinden muss. Seine

Nichtbeachtung hat also Nichtigkeit des Verkaufs zur Folge, wenn sich auch vorher der Beteiligte nicht gerührt hat.

Die Ausdrucksweise „kann verlangen“ in dem von uns hier dargelegten Sinn findet sich des öfteren im B. G. B. und zwar lassen andere Stellen nicht den geringsten Zweifel darüber, wie sie aufzufassen sind. Z. B. § 615: „Der Verpflichtete kann die Vergütung verlangen.“ Es ist klar, dass damit dasselbe gesagt ist, wie wenn es hiesse: Der Dienstberechtigte ist verpflichtet zu leisten. Wollte man es anders auffassen, so käme man z. B. an die sicher verkehrte Vorstellung, dass der Erbe nicht die betreffende Vergütung verlangen könnte, wenn etwa der Verpflichtete stirbt, ehe er das „Verlangen“ förmlich gestellt hat. Ebenso ist zu beurteilen § 683: „Der Geschäftsführer kann Ersatz seiner Aufwendungen verlangen.“ Lehrreich ist es § 684 daneben zu halten, in dem von der „Verpflichtung“ des Geschäftsherrn gesprochen wird. Dass hinsichtlich des Bestehens des Anspruchs irgend ein Unterschied in den zwei Paragraphen gemacht sein sollte, ist völlig ausgeschlossen. Das Gesetz gebraucht beide Ausdrucksweisen unterschiedslos.

Im § 1246 verbot sich die Sprechweise „ist verpflichtet“ schon ganz von selbst dadurch, dass ja nicht von vornherein klar ist, wer verpflichtet ist. —

III. Teil.

§ 13. Rechtsverhältnisse nach innen zwischen Eigentümer, Pfandgläubiger und Ersteher beim unrechtmässigen Pfandverkauf.

In diesem Paragraphen soll vornehmlich die Frage beantwortet werden: Kann der unrechtmässige Pfandgläubiger vom Erwerber die Sache vindizieren? Der Ausdruck „unrechtmässiger Pfandgläubiger" bezeichnet dabei den Veräusserer bei einem Pfandverkauf, den wir als unrechtmässig kennen.

Zu unterscheiden wäre an sich: 1) das Eigentum ist übergegangen; 2) das Eigentum ist nicht übergegangen. In Frage kommt natürlich nur der zweite Fall, in dem also das Eigentum beim Verpfänder geblieben ist. Die Frage ist aber noch weiter zu stellen, aus Gründen, die wir gleich erörtern wollen, nämlich so: Wirkt ein unrechtmässiger Pfandverkauf für und gegen den Pfandgläubiger? Diese Erweiterung ist deshalb von Belang, weil es denkbar ist, dass der Pfandgläubiger ohne sein Zuthun wieder in den Besitz der veräusserten Sache gelangt. Es ist nun fraglich, ob alsdann der Verkauf noch unverändert bestehen soll oder ob er als rückgängig gemacht anzusehen ist. Man darf die Entscheidung nicht nach dem Verhältnisse zwischen Käufer und Verkäufer treffen, sondern man muss, infolge der Eigenart des Pfandverkaufs, auch die Interessen des Eigentümers (Verpfänders) in Betracht ziehen. Das Gesetz giebt keine Antwort auf

die vorliegende Frage. Es muss deshalb auf allgemeine Grundsätze zurückgegriffen werden.

Zur Aufhellung der Lage dient die umgekehrte Frage. Kann der Erwerber, der das Eigentum nicht erlangt hat, Rückgängigmachung des Kaufs verlangen? Ja, denn sonst befände er sich in einer prekären Lage; der Eigentümer könnte seinen Anspruch erheben, ohne indessen an eine Frist gebunden zu sein; für den Erwerber hätte also die Sache angesichts des unsicheren Zustands gar keinen Wert. Er kann also gegen Rückgabe der Pfandsache Rückgabe des Kaufpreises verlangen (Vgl. S. 57). Es wäre zu weit gegangen, wollte man die Frage verneinen mit der Begründung, jener Schwebezustand sei gewissermassen das Gegengewicht für die Bösgläubigkeit des Erwerbers; denn darunter würde die Sicherheit des Verkehrs leiden; auch ist er ja nicht immer bösgläubig, wenn er das Eigentum nicht erlangt hat.

Demgegenüber nun ist unsre Frage vom Standpunkt des Pfandgläubigers zu prüfen. Im Fall der Zulassung der Vindikation liegt eine Schwierigkeit darin, dass diese ganz verschiedene Wirkung haben kann. Sie könnte nämlich stattfinden 1) zum Nachteil des Verpfänders, wenn beim erneuten Verkauf ein geringerer Erlös erzielt würde oder die Sache z. B. Aktie inzwischen im Wert gesunken wäre; 2) zu dessen Vorteil im umgekehrten Fall. Schliesslich kann für den Pfandgläubiger selbst ein Interesse vorliegen, wenn seine Forderung nicht ganz befriedigt ist und er beim zweiten Verkauf Aussicht auf gänzliche Befriedigung hat.

Für die Zulassung der Vindikation kann man anführen: Es ist wünschenswert, dass an die Stelle eines unrechtmässigen Verkaufs ein rechtmässiger träte um des Ansehens der Rechtsordnung willen. Dennoch halte ich diesen Weg nicht für den richtigen. Denn liesse man die Vindikation zu, so würde in den Händen des Pfandgläubigers eine Macht liegen, die einmal nicht dem Zwecke des Pfandrechts entspricht und sodann ihm die Möglich-

IV. Teil.

Die obligatorischen Wirkungen des Pfandverkaufs nach Bürgerlichem Gesetzbuche.

§ 14. Wirkungen beim rechtmässigen Verkauf.

Die bisherige Darstellung hat sich fast ausschliesslich damit beschäftigt, die dinglichen Wirkungen des Mobiliarpfandverkaufs zu untersuchen. Wir wenden uns nunmehr den obligatorischen zu.

Die Frage der Haftung für Eviktion der Pfandsache, die im gemeinen Recht lebhaft umstritten ist, (vgl. Moreau), spielt im B. G. B. keine Rolle mehr, da erstens an die Stelle des „Entwehrungsprinzips" das „Verschaffungsprinzip" getreten ist und zweitens durch den weitgehenden Schutz des guten Glaubens die Eviktion überhaupt ausgeschlossen ist (§§ 929, 932, 935, 1248; vgl. Waubke, S. 59). Was nun bezüglich der Rechtsverschaffung beim gewöhnlichen Verkauf gilt, gilt auch für den Pfandverkauf. „Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer den verkauften Gegenstand frei von Rechten zu verschaffen, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können" (§ 434). Verstösst er hiergegen, so haftet er wegen mangelnder Erfüllung[1]) gemäss § 440 Absatz 1.

---

[1]) Es soll, nachdem wir dies festgestellt haben, nicht unterlassen werden, die Thatsache hervorzuheben, wie ausserordentlich wenig bedeutsam diese Haftung ist, denn sie kommt bei dem Mobiliar-Pfandverkauf fast nie in Frage, und zwar aus folgenden Gründen:

Ganz im Gegensatz zu dieser Haftung wegen Rechtsmängel steht wegen ihrer grossen Wichtigkeit die Frage der Gewährleistung wegen Mängel der Sache bei dem Pfandverkauf. Die Regelung dieser Frage im B. G. B. ist erst nach manchen Wandlungen endgültig festgesetzt worden. In den Motiven (S. 822) finden wir noch folgende Anschauungen vertreten: „Der Pfandgläubiger verkauft nicht als Vertreter des Schuldners, sondern aus eignem Recht; folglich ist er nicht Vertreter des Eigentümers, sondern Selbstverkäufer (was auch richtig ist). Darum muss er wie ein solcher für Mängel der Sache haften. Freilich ist es ihm unbenommen, bei der Versteigerung ausdrücklich seine Gewährleistung abzulehnen. Diese Befugnis gewährt ihm genügenden Schutz".

Diese Ansicht ist im Gesetz nicht beibehalten worden, vielmehr wurde ein neuer Paragraph geschaffen (§ 461), welcher den Pfandgläubiger von der Haftung unter gewissen Voraussetzungen befreit. Er lautet: „Der Verkäufer hat einen Mangel der verkauften Sache nicht zu vertreten, wenn die Sache auf Grund eines Pfandrechts

---

1) Gemäss § 1242 Abs. 2 erlöschen ausnahmslos alle Pfandrechte an der Sache.
2) Bezüglich des nicht vorgehenden Niessbrauches gilt Gleiches.
3) Der vorgehende Niessbrauch erlischt, wenn er ohne grobe Fahrlässigkeit unbekannt ist.
4) Der vorgehende Niessbrauch erlischt nicht, wenn er bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist.

Nur dieser vierte Fall könnte also in Betracht kommen. Indes greift hier nun § 439 Abs. 1 ein, der lautet: „Der Verkäufer hat einen Mangel im Rechte nicht zu vertreten, wenn der Käufer den Mangel bei dem Abschluss des Kaufes kennt." Somit bleibt für die Frage der Haftung wegen Rechtsmängel nur dieser Fall übrig: Der Verkäufer (Pfandgläubiger) haftet, wenn die Pfandsache mit einem vorgehenden Niessbrauch belastet ist, den der Käufer infolge grober Fahrlässigkeit nicht kennt. Dies letzte wegen seiner Beschränktheit an sich erstaunliche Resultat ergiebt sich daraus, dass im § 936 Abs. 2 das Kennenmüssen dem Kennen gleichsteht, während es sich im § 439 Abs. 1 nur um das wirkliche Kennen handelt.

in öffentlicher Versteigerung unter der Bezeichnung als Pfand verkauft wird".

Für diese Regelung sprechen vielfache Gründe. Im gemeinen Recht war die Frage bestritten. Sie ist jedoch auch für dieses in demselben Sinne zu beantworten wie im B. G. B. geschehen. Dies hat Waubke (S. 43—57) eingehend nachgewiesen. Das Ausschlaggebende für dies Resultat ist erstens das vorliegende Interesse des Pfandgläubigers, und zweitens seine Unkenntnis von der Pfandsache.

1. Ein gewöhnlicher Verkäufer veräussert eine Sache, um einen spekulativen Gewinn zu machen. Sein ausschliessliches Interesse ist auf einen möglichst hohen Preis gerichtet. Ganz anders der Pfandverkäufer. Dieser schreitet zu dem Verkauf, weil er muss; es gelingt ihm nicht, seine Forderung von dem Schuldner beglichen zu erhalten, nur für diese will er Befriedigung haben; es handelt sich um einen sogen. „notwendigen Verkauf". An der Erzielung eines hohen Preises hat er kein Interesse, da er einen etwaigen Überschuss über den Betrag seiner Forderung gar nicht erhält (S. 49); dies freilich nur von dem Punkte an, von welchem ab durch den Pfandverkauf seine Forderung ganz gedeckt ist.

2. Der gewöhnliche Verkäufer hat die Pflicht, seine Sache und ihre Beschaffenheit von Grund aus zu kennen, da er dazu in der Lage ist, der Pfandverkäufer aber steht der Pfandsache ebenso fremd gegenüber wie der Käufer. Dies rechtfertigt die Annahme, dass auch nach gemeinem Recht der Pfandgläubiger nicht für etwaige Mängel haftete. Sind verborgene Mängel vorhanden, (nur um solche handelt es sich bei Waubke) und ist ein zu hoher Preis erzielt, so ist ja auch nicht er, der Pfandgläubiger, bereichert, sondern der Pfandschuldner (S. 48—50).

Wie schon oben erwähnt, ist die Streitfrage durch § 461 B. G. B. aus der Welt geschafft; freilich hat derselbe Paragraph eine neue Streitfrage hervorgerufen.[1])

[1]) Folgendes in Übereinstimmung mit Planck, § 461, und im Gegensatz zu Waubke S. 59.

Der völlige Ausschluss der Verpflichtung zur Gewährleistung wegen Sachmängel ist, wie der Wortlaut zeigt, gewissen Einschränkungen unterworfen.

1. Es muss ein Verkauf auf Grund eines wirklich bestehenden Pfandrechts vorliegen.

2. Der Verkauf muss in öffentlicher Versteigerung erfolgt sein. Wir haben früher gesehen, dass unter Umständen auch ein andrer Pfandverkauf zulässig ist, z. B. ein freihändiger. (§§ 1235 Abs. 2; 1221; 1240 Abs. 2). Für diese Fälle gelten die gewöhnlichen Grundsätze über die Gewährleistung wegen Mängel.[1])

Wird der Pfandverkauf gemäss § 1233 Abs. 2 — vgl. unten S. 86 — im Wege der Zwangsvollstreckung vorgenommen, so kommt § 806 C. P. O. in Betracht, der noch weiter geht, da er die Haftung für rechtliche und thatsächliche Mängel ausschliesst. „Wird ein Gegenstand (auf Grund der Pfändung) veräussert, so steht dem Erwerber wegen eines Mangels im Rechte oder wegen eines Mangels der veräusserten Sache ein Anspruch auf Gewährleistung nicht zu."

3. Die Sache muss als Pfand bezeichnet sein, d. h. es ist erforderlich, dass der Pfandgläubiger seine Stellung als solcher kundthut, damit der Käufer weiss, dass es sich um einen Pfandverkauf handelt und er demnach keinen Gewährleistungsanspruch gegen den Verkäufer hat. —

Die oben erwähnte Schwierigkeit liegt nun darin, dass das Gesetz von Ausschluss der Haftung für einen „Mangel der Sache" spricht. Darunter versteht es nämlich zweierlei: 1. einen verborgnen Fehler, 2. das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft. Die Anwendung des Begriffs „Mangel" in einem so erweiterten Sinn scheint hier indessen gänzlich unzulässig, da sie den obersten Gesichts-

[1]) Ebenso wenn der Verkauf infolge abweichender Vereinbarung gemäss § 1245 oder ohne eine solche gemäss § 1246 nicht in öffentlicher Versteigerung stattgefunden hat.

punkten des Gesetzbuches widerstreitet. Der strenge Wortlaut des Gesetzes würde ja allerdings verlangen, dass auch das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft nicht haftbar macht. So erklärt auch Fischer-Henle (§ 461 N. 1). Der § 461 ist jedoch m. E. nur auf den § 459 Absatz 1 und nicht Absatz 2 anzuwenden. Sonst würde ein ungeheuerlicher Verstoss gegen Treu und Glauben vorliegen. Das haben auch die bedeutendsten Rechtslehrer erkannt wie z. B. Planck (§ 461 Z. 1) und Dernburg (Schuldverhältnisse 2 S. 54). Dieser führt zur Begründung folgendes aus: Die Zusicherung von Eigenschaften kann nur auf Angabe des Schuldners beruhen (dies ist übereinstimmend mit dem oben aus Waubke angeführten) und den Zweck haben, ein günstiges Ergebnis der Versteigerung herbeizuführen. Fiele die Haftung fort, so wäre das nicht zu erzielen, was unzweckmässig und zum Nachteil aller Beteiligten wäre. — Der Käufer wird sich an den halten, der die Zusicherung machte. War es der Gläubiger, so kann dieser sich wiederum beim Schuldner erholen, wenn er gemäss dessen Willen handelte.

Entgegengesetzter Ansicht ist Eccius bei Gruchot (Bd. 43 S. 313—15). Es soll nicht unerwähnt bleiben, dass dieser zuerst die Meinung der Mehrheit teilte und diese Ansicht auch ausgesprochen hat, nämlich bei Gruchot (Bd. 43 S. 268—270, anlässlich der Kritik des Kommentars zum B. G. B. II. Buch von Meissner), die er allerdings später geändert hat. Er teilt nunmehr die Auffassung, dass § 461 sich auch auf die Zusicherung von Eigenschaften beziehe; und zwar „erkenne man den inneren Grund dafür, wenn man erwäge, wie die gegenüber dem veräussernden Pfandgläubiger durchgreifende Wandlung oder Minderung auf das Schuldverhältnis des Pfandschuldners zurückwirken würde. Der bei dem Pfandverkauf dem Gläubiger zugekommene oder ihm gebührende Erlös hat die Pfandschuld getilgt oder gemindert. Das soll nachträglich nicht in Frage gestellt werden dürfen, wenn der Pfandverkauf eine öffentliche Versteigerung war und darum schliesst das

Gesetz für diese Veräusserungsfälle die Gewährleistung schlechthin aus".

Oben habe ich dargelegt, dass und warum ich diese Ansicht nicht teile. Wir wollen zusehen, wie denn die mögliche Wandlung oder Minderung wirken würde; wir finden so, glaube ich, einen Weg, der auch Eccius befriedigt, ohne dass er dem Schuldner gegenüber ungerecht wäre. Zur Erreichung dieses Zieles unterscheiden wir: 1) die Zusicherung beruht auf Angaben des Schuldners, 2) die Zusicherung rührt allein vom Pfandgläubiger her.

a. Nehmen wir zu 1) den Fall, der Käufer verlange Minderung. Er kann sich stets nur an den Pfandgläubiger halten als an seinen Verkäufer. Dieser muss zahlen, wird jedoch von dem Schuldner die entsprechende Summe verlangen und erhalten müssen. Dass aber jemand für seinen dolus aufkommen muss, kann nicht ungerecht genannt werden.

b. Der Käufer verlangt Wandelung. Dies verursacht allerdings eine bedeutende Verschiebung aller Verhältnisse. Der Käufer giebt die Sache zurück, der Schuldner erhält wieder das Eigentum daran, das frühere Pfandrecht entsteht wieder, wie es gewesen ist; ebenso alle andern Rechte an der Sache. Auf der andern Seite muss der Pfandgläubiger den Kaufpreis zurückgeben; überstieg er die Forderung, so dass der Pfandschuldner die hyperocha erhalten hat, so muss auch dieser seinen Teil dem Käufer zurückerstatten. Bei einem zweiten Verkauf wird freilich weniger erzielt werden, aber nur infolge dessen, dass nun nicht eine fehlende Eigenschaft zugesichert wird. Darüber sich zu beschweren hat der Pfandschuldner keine Veranlassung.

2) Wie steht es, wenn der Pfandgläubiger eine Eigenschaft zusichert, und zwar von sich selbst aus?

c. Verlangt der Käufer Minderung, so muss der Pfandgläubiger ihm die betreffende Summe zahlen, er hat aber freilich einen Rückgriff gegen den Schuldner, da ja diesem die zu hohe Bewertung zum ungerechtfertigten

Vorteil gereicht hat. Gleichviel also, ob durch den Verkauf die Forderung ganz oder nur zum Teil getilgt ist, so bleibt er mit allen Rechtsfolgen bestehen, da dies Ergebnis ja keinem Teil zum Nachteil gereicht.

d. Verlangt der Käufer Wandlung, so muss diese eintreten und zwar mit denselben Folgen wie im zweiten Fall (b).

Auch hier wird beim zweiten Verkauf weniger erzielt werden als beim ersten. Darin könnte nun eine Benachteiligung des Schuldners erblickt werden. Das ist jedoch nicht richtig. Hat er beim ersten Mal mehr erhalten so beruhte das auf einer „ungerechtfertigten Bereicherung", da die Sache irrtümlich zu hoch bewertet worden war.

Ich erblicke somit keine bedenkliche Änderung in dem Verhältnis zwischen Pfandschuldner und Gläubiger infolge der Zulassung der Haftung für zugesicherte Eigenschaften und kann die Begründung Eccius' als stichhaltig nicht anerkennen.

Über die ganze Schwierigkeit der Frage hinweg hilft eine Theorie, der ich mich nicht anzuschliessen vermag, die aber doch erwähnt werden soll. Sie stammt von Örtmann (§ 461) und wird wiederholt bei Staudinger (§ 461). Danach ist der § 461 nur dispositiver Natur. Es sind also anderweite Bestimmungen zulässig; bei der Zusicherung von Eigenschaften ist nun je nach Lage des thatsächlichen Falls zu entscheiden, ob darin „auch schon die Übernahme einer den Haftungsbefreiungsgrund des § 461 ausschliessenden vertragsmässigen Haftung gefunden werden könne und müsse." (Staudinger). Diese Theorie würde doch in einzelnen Fällen zu einem andern Ergebnis als dem meinigen führen, da ja hier der Fall eintreten könnte, dass eben keine Haftung für zugesicherte Eigenschaften stattfinden würde, was den oben dargelegten Ausführungen widersprechen würde; wenigstens theoretisch, denn praktisch ist es nicht recht ersichtlich, wie ein derartiger Fall zu denken wäre, bei dem man auf Grund

des „Thatbestandes“ zur Ablehnung der Haftung gelangen würde.

Noch einer Einschränkung scheint mir der § 461 unterliegen zu müssen. Ich erachte es nämlich für notwendig, dass der Pfandgläubiger dann haftet, wenn er einen Mangel der Sache arglistig verschweigt, d. h. nach der Erläuterung von Fischer-Henle (§ 443 N. 2) „in Kenntnis des Mangels und im Bewusstsein, dass dem Käufer der Mangel unbekannt ist.“ Es sind ähnliche Erwägungen über die Sicherheit des Verkehrs, wie sie in Betreff der ersten Einschränkung zu machen waren, die für diese zweite in Betracht kommen. Sodann aber kann man noch die Analogie des § 476 heranziehen, nach dem eine Vereinbarung über Erlass der Gewährleistungspflicht nichtig ist, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschweigt. Was hier im Interesse der Rechtsordnung einmal verboten wird, kann unmöglich ein andermal im Interesse derselben Rechtsordnung unter fast gleichen Umständen erlaubt sein.

Meine Auffassung findet sich bestätigt bei Örtmann (§ 461), der auch von der „Natur der Sache“ und von „Treu und Glauben“ spricht, trotz des bedenklichen Wortlauts des § 461.

Man könnte wohl die Frage aufwerfen, ob denn der Pfandgläubiger überhaupt zu Äusserungen über Mängel verpflichtet sei, oder ob § 461 ihm nicht gerade einen so weiten Schutz gewähren wolle. Das ist aber entschieden zu verneinen. Was beabsichtigt war, ist nur die Abnahme der gewöhnlichen Mängelhaftung beim Verkauf; zu einem Darüberhinausgehen, ja, zum Vorschubleisten einer verwerflichen Handlungsweise ist er, abgesehen von den übrigen Gründen, nicht gegeben. — Es ist denkbar, dass eine Sache mehrere Mängel hat, von denen der Pfandgläubiger einen kennt, den andern nicht. Bei „arglistigem Verschweigen“ wird er eben für den einen Fehler haften, für den andern nicht.

Wie gestaltet sich endlich die Haftung im Falle, dass der Pfandgläubiger selbst das Pfand ersteigert hat? (§ 1239 Abs. 1 S. 2). Auch hierbei können Mängel in Frage kommen. Die Möglichkeit einer Wandlung ist abzulehnen, da sie begrifflich undenkbar ist, denn gegen wen sollte sich die Klage richten? Wohl aber kommt der Fall der Minderung in Betracht. Auch hier fehlt ja die zweite Partei. Aber es lässt sich trotzdem ein Ausweg finden, um den Pfandgläubiger zu entschädigen, wenn er das Pfand zu teuer erstanden hat. Es ist nämlich auf die gewohnte Weise der betreffende Betrag festzustellen (§ 472), und ebenso wie sub c (S. 77) ist ja der Schuldner um diese Differenz ungerechtfertigt bereichert. Deshalb hat auch in diesem Fall der Pfandgläubiger den Anspruch auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung, bezw. darf er den Überschuss (hyperocha) behalten, wenn er ihn noch nicht herausgegeben hat.

§ 15. Wirkungen beim unrechtmässigen Verkauf.

Die Frage nach der Gewährleistungspflicht ist noch für den Fall eines unrechtmässigen Verkaufs zu prüfen. Wir scheiden wieder Rechtsmängel und Sachmängel. Über erstere ist nicht viel zu bemerken. Wir wissen, dass ein unrechtmässiger Verkauf zwei Wirkungen haben kann, den Eintritt oder den Nichteintritt des Eigentumsüberganges. Hat ein Pfandverkauf mit der Wirkung stattgefunden, dass der Käufer nicht das Eigentum erlangt, so muss der Pfandgläubiger ihm wegen Nichterfüllung wie jeder Verkäufer haften, denn ein Verkauf liegt dennoch vor. (Biermann § 1243 Bem., S. 277). Geht das Eigentum dagegen über, so haben wir zwar keine direkte Gesetzesbestimmung über die Haftung für Rechtsmängel, indessen wie wir den § 1242 Abs. 2 analog auf § 1244 angewendet haben, als es sich um die dinglichen Wirkungen handelte, so werden wir auch jetzt die Analogie zu Hilfe nehmen. Denn

es liegt kein Hindernis im Wege, dass nicht das, was früher über Haftung für Rechtsmängel gesagt ist, auch beim unrechtmässigen Verkauf gelten könnte. (Also Haftung nur für den seltenen Fall, dass die Pfandsache mit einem vorhergehenden Niessbrauch belastet ist, den der Käufer infolge grober Fahrlässigkeit nicht kennt; S. 73 Note 1, Z. 4).

Anders steht es mit der Haftung für Sachmängel. Es scheint allgemein die Ansicht verbreitet zu sein, dass der Pfandgläubiger hier nach den gewöhnlichen Regeln über Gewährleistung wegen Sachmängel hafte[1]). Ich will sogar zugeben, dass dies vielleicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen hat. Thatsächlich liegt es aber anders. Es ist nämlich bezüglich der Haftung zu erforschen, aus welchen Ursachen der Verkauf ein unrechtmässiger war, denn danach regelt sich die Haftung verschieden. Ich hege die Überzeugung, dass der § 461 auch für die Fälle des unrechtmässigen Verkaufs heranzuziehen ist, weil kein ersichtlicher Grund für seine Nichtanwendbarkeit vorliegt.

Das Resultat, das wir demgemäss finden werden, beruht auf folgenden Erwägungen: In § 1244, in dem es sich um die dinglichen Verhältnisse handelt, werden die zwei Arten der Unrechtmässigkeit „Fehlendes Pfandrecht“ und „Ungehöriges Verkaufsverfahren“ in ihren Wirkungen einander gleichgestellt. Der § 461 dagegen, in dem es sich um die Gewährleistung handelt, kann überhaupt nur in dem einen Fall „ungehöriges Verkaufsverfahren“ zur Anwendung kommen, da unter den drei Voraussetzungen seiner Anwendbarkeit (1. öffentliche Versteigerung; 2. Bezeichnung als Pfand; 3. Wirkliches Bestehen des Pfandrechts) das dem Pfandgläubiger zustehende Pfandrecht genannt ist. Dieser Umstand, der wohl nicht beabsichtigt

[1]) Das ergiebt sich daraus, dass in allen Kommentaren bei § 1242 auf § 461 hingewiesen ist, dagegen in § 1244 nirgends die Frage der Gewährleistung überhaupt nur besprochen wird.

oder vorhergesehen war, führt uns nun zu folgendem Ergebnis:

1) Wird eine Sache in öffentlicher Versteigerung als Pfand veräussert, ohne dass dem Veräusserer ein Pfandrecht zusteht, so finden bezüglich der Haftung für thatsächliche Mängel die gewöhnlichen Vorschriften über Gewährleistung wegen Mängel der Sache Anwendung, gleichviel, ob der Erwerber Eigentum erwirbt oder nicht.

2) Wird eine Sache in öffentlicher Versteigerung als Pfand veräussert, ohne dass den Erfordernissen genügt wird, von denen die Rechtmässigkeit der Veräusserung abhängt, und hat der Pfandgläubiger ein Pfandrecht, und erwirbt der Käufer a) infolge seines guten Glaubens Eigentum oder b) infolge seines bösen Glaubens das Eigentum nicht, so findet in beiden Fällen bezüglich der Gewährleistung § 461 Anwendung. Dies sind die einzigen Anwendungsfälle des vorliegenden Paragraphen beim unrechtmässigen Pfandverkauf, wie sich aus dem Wortlaut desselben ergiebt.

3) Wird eine Sache freihändig als Pfand verkauft, so finden stets die gewöhnlichen Vorschriften über Gewährleistung Anwendung.

4) Wird eine Sache gemäss § 1245 oder § 1246 verkauft, so richtet sich die Gewährleistungspflicht danach, ob es bei der öffentlichen Versteigerung geblieben ist oder nicht und demnach teilen sich die Folgen dem einen oder dem andern der erwähnten Fälle zu.

Ich selbst bin nicht der Meinung, dass der Gesetzgeber eine so komplizierte Regelung der Gewährleistung beabsichtigt hat. Es muss doch zweifellos in den an sich so ähnlichen Fällen des unrechtmässigen Verkaufs, die sonst immer gleich behandelt werden, auch hier die Absicht gewesen sein, die Haftung übereinstimmend zu regeln, und nicht eine absolut willkürliche, keinen tiefen inneren Grund aufweisende Teilung herbeizuführen. Dem Wortlaut des Gesetzes nach scheint mir aber die eben ge-

schilderte Art die allein zulässige zu sein, um die Frage zu entscheiden.

§ 16. Behandlung des Verpfänders als Eigentümer.

Einer besonderen Würdigung bedarf wegen seiner Bedeutung § 1248: „Bei dem Verkaufe des Pfandes gilt zu Gunsten des Pfandgläubigers der Verpfänder als der Eigentümer, es sei denn, dass der Pfandgläubiger weiss, dass der Verpfänder nicht der Eigentümer ist."

Hieraus folgt, dass der Eigentümer verpflichtet ist, alle auf den Verkauf bezüglichen Handlungen des Pfandgläubigers, die dieser dem Verpfänder gegenüber vornimmt, gegen sich gelten zu lassen. Hierzu gehören die verschiedenen Androhungen und Benachrichtigungen; es kann sich aber auch z. B. um eine Vereinbarung gemäss § 1245 oder um § 1246 handeln.

Diese Folge tritt jedoch nur ein, wenn der Pfandgläubiger gutgläubig ist. Anders ist es, wenn er schlechtgläubig ist, d. h. wenn er weiss, dass der Verpfänder nicht Eigentümer ist. Fahrlässiges Nichtwissen steht hier dem Wissen nicht gleich (Protok. 231 VIII. S. 4263), was deshalb besonders betont sei, weil die Entwürfe I. und II. den umgekehrten Standpunkt einnahmen. Es liegt also dem Pfandgläubiger keine besondere Nachforschungspflicht ob.

Es ist scharf zu unterscheiden zwischen dem guten Glauben des Erwerbers über das Bestehen des Pfandrechts und dem guten Glauben des Pfandgläubigers über das Eigentum des Verpfänders. Der erste spielt bekanntlich eine grosse Rolle in betreff des Eigentumsübergangs auf Grund von § 1244. Der zweite hat damit garnichts zu thun. Das heisst: Weiss der Gläubiger, dass dem Verpfänder das Eigentum nicht zusteht, so ist nach § 1207 gar kein Pfandrecht entstanden, glaubt der Erwerber, es liegt ein Pfandrecht vor, so erwirbt er das Eigentum. Und

umgekehrt: Der Gläubiger weiss nicht, dass der Verpfänder nicht Eigentümer ist, es lag also ein Pfandrecht vor, es ist aber aus irgend einem Grunde inzwischen erloschen, was der Ansteigerer weiss; alsdann erlangt er, gemäss § 1244, das Eigentum nicht. Die Beispiele sollen zeigen, dass § 1248 in gar keiner Beziehung zu den dinglichen Wirkungen des Pfandverkaufs steht. Darauf also, ob ein Verkauf rechtmässig oder unrechtmässig ist, hat der gute oder böse Glaube des Pfandgläubigers gar keinen Einfluss. Es ist danach falsch, wenn Kober (§ 1248 N. 1 b.) sagt: „ist der Pfandgläubiger schlechtgläubig, so wird der Verkauf dadurch unrechtmässig". Im selben Absatz zieht er dann trotzdem die richtigen Folgen. Der ganze Absatz ist dadurch unverständlich.[1])

Die Bedeutung des § 1248 liegt also nicht auf dinglicher, sondern auf obligatorischer Seite. Als massgebender Zeitpunkt für den guten Glauben gilt die Zeit des Verkaufs. Es ist also gleichgültig, ob der Pfandgläubiger die Eigentumsverhältnisse schon beim Erwerb des Pfandrechts kannte oder erst später erfahren hat. — Der § 1248 gilt zu gunsten des Pfandgläubigers; die ihn nicht betreffenden Rechtsverhältnisse bleiben daher unberührt. Deshalb ist die Folge des Verkaufs, dass die dem Verpfänder aus ihm erwachsenden Ansprüche (z. B. auf die hyperocha) der Eigentümer erlangt, mit Ausnahme der Klage aus dem Pfandvertrage selbst.

Wir haben oben die Bedeutung des § 1248 gesehen. Sie liegt darin, dass der Eigentümer die Rechtshandlungen des Pfandgläubigers gegen sich gelten lassen muss. Kommt er dadurch irgendwie zu Schaden, so nimmt ihm § 1248 die Möglichkeit, sich beim Pfandgläubiger Ersatz zu suchen. — Nun ist es aber, da der Glaube des Gläubigers gar keinen Einfluss auf die dingliche Wirkung ausübt, auch möglich, dass der Eigentümer sein Eigentum unanfechtbar verliert, während doch der Gläubiger gewusst hat, dass

[1]) Genau ebenso Stobbe-Lehmann, § 169 Ziff. 3 c β. S. 350.

der Verpfänder nicht Eigentümer war. Für den Fall natürlich steht ihm aus allgemeinen Gründen, nicht aus pfandrechtlichen Grundsätzen, infolge der Einschränkung („es sei denn“) die Möglichkeit offen, sich vom Pfandgläubiger vollen Schadensersatz zu holen; ebenso auch, wenn er infolge der Benachrichtigungen an den Verpfänder oder einer Vereinbarung zwischen Gläubiger und Verpfänder besondere Nachteile erlitten hat.

Die Beweislast trifft, wie aus dem Wortlaut hervorgeht, den Eigentümer.

V. Teil.

§ 17. Der gerichtliche Pfandverkauf und seine Wirkungen.

Unsere Abhandlung hat bisher den Pfandverkauf als privaten ausdrücklich genannt oder stillschweigend vorausgesetzt. In der Einleitung (S. 11) haben wir jedoch bereits gesehen, dass der Privatverkauf nicht der einzige Weg ist, der zur Befriedigung des Pfandgläubigers führt. Vielmehr wird in § 1233 Abs. 2 unter bestimmten Voraussetzungen „der Verkauf nach den für den Verkauf einer gepfändeten Sache geltenden Vorschriften" für zulässig erklärt. Mit diesem Hinweis auf die gerichtliche Zwangsvollstreckung sind die Vorschriften in §§ 803 ff. und §§ 814 ff. C. P. O. gemeint. Notwendig zum Beschreiten dieses Weges ist, dass der Pfandgläubiger einen vollstreckbaren Titel gegen den Eigentümer erlangt hat. Der Titel muss darauf gerichtet sein, dass dem Pfandgläubiger das Recht zum Verkaufe zustehe; ob der Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist, ist gleichgültig. Ein Titel gegen den persönlichen Schuldner oder den Verpfänder genügt nicht. Ist ein ausreichender Titel vorhanden, so darf der Gläubiger nach den Vorschriften der C. P. O. den Verkauf vornehmen lassen. Eine Verpflichtung hierzu besteht nicht, vielmehr verbleibt ihm noch das Wahlrecht. Wählt er diesen zweiten Weg, so ist er von den Vorschriften der §§ 1234—1240 befreit und auf die Einhaltung der Vorschriften der C. P. O. angewiesen. Diese weichen in einigen

Punkten ab, wenn sie auch im allgemeinen viel Ähnlichkeit mit dem B. G. B. zeigen. Hervorgehoben sei, dass nur eine einwöchige Frist seit der Pfändung vorgesehen ist (§ 816, Abs. 1), während im B. G. B. § 1234 ein Monat seit der Androhung verflossen sein muss. Die Gewährleistungspflicht (§ 806) fällt ganz fort. (S. 75). Der Verkauf findet auch im Wege öffentlicher Versteigerung statt.

Das B. G. B. spricht nicht direkt von den Wirkungen einer solchen Versteigerung nach der C. P. O. Man könnte versucht sein, diese in der C. P. O. selbst zu suchen. Doch auch dort finden wir nichts darüber[1]). Im § 804 ist indes das Pfändungs-Pfandrecht dem Vertragspfandrecht gleichgestellt. Da über die Wirkungen des Verkaufs nichts gesagt ist, so richten sich diese nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Dafür finden sich zahlreiche Belege in der Litteratur, und zwar schon für die alte C. P. O. § 709. „Das Pfändungs-Pfandrecht hat dieselben Wirkungen, wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht nach dem bürgerlichen Recht, soweit nicht die C. P. O. und die K. O. modifizieren". (Wilmowsky-Levy, 6. A. 1892. § 709 N. 2). Ferner bei § 718 N. 2: „Welche Wirkungen der Zuschlag bezüglich des Übergangs der Gefahr, des Eigentums, der Lasten und Nutzungen äussert, richtet sich nach dem bürgerlichen Recht." (Ebenso Seuffert 1890. § 718 N. 1 b, und für die neue C. P. O. Struckmann-Koch 1900 § 817 N. 1).

Das materielle Recht ist also das bereits ausführlich besprochene des § 1242, der also jetzt als Reichsrecht die Folgen eines Verkaufs nach § 1233 Abs. 2 einheitlich regelt. —

Wie ist es, wenn der Titel, irrtümlich, nicht gegen den Eigentümer festgestellt ist? M. a. W.: Wie steht es mit dem Eigentumsübergang bei der Versteigerung nach § 814 ff. C. P. O., wenn die Sache nicht dem im

---

[1]) Bedauerlicher Weise. Vgl. Busch's Zeitschr. f. C. P. Bd. XVII. S. 32—65: Riehl, Die Zwangsversteigerung gemäss §§ 716 ff. C. P. O.

Vollstreckungstitel bezeichneten Schuldner gehört? Zwei Antworten sind darauf gegeben.

1) Die erste Ansicht geht dahin, dass bei einer derartigen Versteigerung das Eigentum schlechthin übertragen werde, unanfechtbar, wie bei der Subhastation (§ 90 Zw.-V.-G.). Begründet wird sie damit, dass es ein Akt der Staatsgewalt sei, durch den das Eigentum des Ansteigerers entstehe. (Hachenburg, Bürgerl. Gesetzbuch. Mannheim 1900, S. 143). Danach kommt die Frage des guten oder bösen Glaubens des Erwerbers überhaupt nicht inbetracht. Die Auffassung ist als irrig zu bezeichnen, da es sich gemäss unsrer Ansicht über die Stellung des Gerichtsvollziehers doch anders verhält. Hachenburg übersieht dabei gerade, dass ein solches Verfahren bei der Subhastation sehr wohl zulässig ist, da genügend andre Vorsichtsmassregeln zum Schutze des Eigentümers getroffen sind, die hier fortfallen.

2) Die direkt entgegengesetzte Meinung, dass Eigentum nie übergeht, findet sich nirgends, entbehrt ja auch jeder inneren Wahrscheinlichkeit; sie braucht deshalb nicht weiter untersucht zu werden.

3) Nun aber gilt es, den richtigen Mittelweg zu finden. Unsre Frage behandelt hat Neumann (Deutsche Juristen-Z. VI. Jahrg. N. 1 vom 1. 1. 01.) Er geht, wie auch wir das gethan haben, davon aus, dass für die Wirkung der Versteigerung im gewöhnlichen Fall § 1242 zur Anwendung kommt. Zweifellos, denn sonst gäbe es überhaupt einen Eigentumsübergang beim Verkauf nach § 814 C. P. O. nie. Von hier geht Neumann einen Schritt weiter zu unserm Fall: Wem auch der Gläubiger eine nicht dem Schuldner gehörige Sache gepfändet hat, (er spricht von dem ganz gleichstehenden Pfändungs-Pfandrecht), so steht ihm freilich kein rechtswirksames Pfandrecht zu; für den dennoch erfolgenden Verkauf wird aber nicht bloss der Schutz wie im § 1242 darauf bezogen, dass der Veräusserer (Gläubiger) nicht Eigentümer sei, sondern auch darauf, dass ihm gar kein Pfandrecht zusteht, oder, um es kurz zu

sagen, er wendet den § 1244 auch hier an. Er beruft sich dabei darauf, dass dieser bei dem nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung (§ 1233,2) erfolgenden Pfandverkauf zur Anwendung kommt. Nun ist aber gerade der von N. behandelte Fall ein solcher, in dem der Titel, entgegen § 1233,2 nicht gegen den wahren Eigentümer, sondern gegen einen Schuldner, der nicht Eigentümer ist, lautet. Deshalb müsste man auf Grund der Ausführungen von N. sagen, dass sein Resultat falsch ist. Dennoch ist es richtig, wie sich aus dem folgenden ergiebt.

Die Sache liegt so. Auf den fraglichen Fall muss allerdings § 1244 angewendet werden aus nachstehenden Gründen: Nimmt man den § 1244 in Zusammenhang mit § 1233,2, so ergiebt sich ein eigenartiges Verhältnis. In § 1244 wird der Schutz des guten Glaubens zugebilligt, wenn § 1233,2 innegehalten ist. In § 1233,2 wird aber ein vollstreckbarer Titel gegen den Eigentümer erfordert. Liegt wiederum ein solcher vor, so entsteht auch ein gültiges Pfändungspfandrecht. Alsdann bleibt für die Anwendung des § 1244 überhaupt kein Fall denkbar, denn der Satz „ohne dass den Erfordernissen genügt wird, von — abhängt", ist schon durch § 1233 Abs. 2 ausgedrückt, so dass er hier nicht in Frage kommt. Ganz streng genommen, würde man hier also zu einem vernünftigen Resultat nicht kommen. Indessen lässt sich die Sache aufklären, wenn wir die Entstehungsgeschichte beider §§ betrachten. (Vgl. dazu Prot. S. 4226—29). Im E. I. hiess es im § 1169,2: „Hat der Pfandgläubiger über die Verpflichtung des Eigentümers, den Verkauf des Pfandes zu gestatten, einen vollstreckbaren Titel erlangt" u. s. w. Es konnte nicht einfach heissen: Der Verkauf findet auch nach den Regeln über die Zwangsvollstreckung statt, weil darauf hingewiesen werden musste, dass ein vollstreckbarer Titel gegen den Schuldner allein nicht ausreiche, wenn er nicht Eigentümer war, sondern dass ein zweiter im obigen Sinn erforderlich sei. Auf der andern Seite heisst es im

§ 1182 I. einfach: „Ist eine Sache im Wege der Zwangsvollstreckung veräussert worden“ u. s. w. So entsteht eine vernünftige Beziehung zwischen den zwei Paragraphen. Es liegt nun nicht der mindeste Anlass vor, zu glauben, es sei irgend eine Änderung des Ausgedrückten beabsichtigt. Vielmehr hat man den § 1233,2 einfacher gestaltet, und da er von der Zwangsvollstreckung handelt, ihn kurzer Hand in § 1244 zitiert, ohne die dadurch hervorgerufene Änderung zu bemerken. — Das praktische Bedürfnis erfordert demnach die Anwendung des § 1244 auf den vorliegenden Fall, wie auch N. dies thut; nur hätte er die Schwierigkeit der Sache nicht mit Stillschweigen übergehen dürfen. —

Als Ergebnis stellen wir fest: Bei der öffentlichen Versteigerung einer Sache, die dem Schuldner nicht gehört, auf Grund eines vollstreckbaren Titels (in beiden Fällen, beim Pfändungspfandrecht und beim Vertragspfand, wenn der Gläubiger einen Titel gegen einen Nicht-Eigentümer, der also dadurch Vollstreckungsschuldner wird, erlangt hat), bekommt der Erwerber das Eigentum, wenn er in Bezug auf dieses gutgläubig ist, d. h. wenn er den Vollstreckungsschuldner für den Eigentümer hält. —

Hinsichtlich der Versteigerungsvorschriften besteht ein grosser Unterschied zwischen C. P. O. und B. G. B. Der Unterschied zwischen Rechtmässigkeit und Unrechtmässigkeit (§ 1243) fällt hier fort. Findet eine öffentliche Versteigerung statt, so sind die übrigen zu beobachtenden Vorschriften z. B. §§ 803, 816 im Vergleich mit §§ 1230 S. 2, 1237 S. 1, nicht zwingend. Beim Verstoss haftet, kraft seiner öffentlichen Stellung, der Gerichtsvollzieher, und nur, wenn etwa den Gläubiger ein Verschulden trifft, dieser selbst.

(So u. a. Petersen, C. P. O. § 753 Bem. 1 u. § 809 Bem. 4).